

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA - UNICURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
DANIEL FERNANDO PASTRE

**EFETIVIDADE SÓCIO-ECONÔMICA DOS PROCESSOS DE
AUTORIZAÇÃO ESTATAL NAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS**

CURITIBA

2009

DANIEL FERNANDO PASTRE

**EFETIVIDADE SÓCIO-ECONÔMICA DOS PROCESSOS DE
AUTORIZAÇÃO ESTATAL NAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Empresarial e
Cidadania do Centro Universitário
Curitiba, como requisito parcial para a
obtenção do Título de Mestre em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Fábio
Leandro Tokars**

CURITIBA

2009

DANIEL FERNANDO PASTRE

**EFETIVIDADE SÓCIO-ECONÔMICA DOS PROCESSOS DE
AUTORIZAÇÃO ESTATAL NAS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente: _____

Professor Doutor Fábio Leandro Tokars

Membro Externo: _____

Professor Doutor Eduardo Biacchi Gomes

Membro Interno: _____

Professor Doutor Francisco Cardozo Oliveira

Curitiba, _____ de _____ de 2009.

DEDICATÓRIA

Dedicado aos meus pais pelo apoio incondicional, aos meus irmãos, a minha esposa e ao Professor Orientador, pois sem sua ajuda e aconselhamento, possível não seria concluir este estudo.

SUMÁRIO

RESUMO.....	
ABSTRACT	
INTRODUÇÃO	
1 A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA	13
1.1 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	13
1.1.1 A Constitucionalização do Direito Privado.....	13
1.1.1.1 Despatrimonialização ou Personalização?	17
1.1.2 Esvaziamento do Direito Privado e a Insegurança Jurídica Gerada pela Aplicação Direita da Constituição	19
1.1.3 O Conflito entre Direitos e Garantias Fundamentais	20
1.2 A ORDEM ECONÔMICA NACIONAL.....	22
1.2.1 Princípios Aplicáveis	24
1.2.1.1 A Dignidade da Pessoa Humana	24
1.2.1.2 A Livre Iniciativa	28
1.2.1.3 A Dignidade da Pessoa Humana e a Livre Iniciativa.....	32
1.3 A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	33
1.3.1 Atuação ou Intervenção	33
1.3.2 Formas de Atuação do Estado.....	34
1.3.3 A Atuação do Estado e a Terceira Via	36
2 O DIREITO ANTITRUSTE E OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL.....	42
2.1 O DIREITO ANTITRUSTE.....	42
2.1.1 Aspectos Preliminares Sobre Concorrência e Antitruste	42
2.1.2 Conceito de Direito Antitruste	44
2.2 MERCADO RELEVANTE.....	45
2.2.1 Mercado Relevante Geográfico	45
2.2.2 Mercado Relevante do Produto.....	47
2.2.3 A Portaria Conjunta 50/2001	50

2.3 OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL	52
2.4 MOTIVAÇÃO PARA CONCENTRAR.....	54
2.5 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL	59
2.5.1 Concentração Horizontal.....	59
2.5.2 Concentração Vertical.....	61
2.5.3 Conglomerados	62
3 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL.....	63
3.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	63
3.1.1 Objetivos da Legislação Antitruste Brasileira.....	64
3.1.2 As Autoridades Antitruste.....	64
3.1.2.1 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.....	65
3.1.2.1.1 <i>Constituição.....</i>	65
3.1.2.1.2 <i>Função judicante.....</i>	67
3.1.2.1.3 <i>Vinculação.....</i>	68
3.1.2.1.4 <i>Formas de Atuação.....</i>	69
3.1.2.2 Secretaria de Direito Econômico - SDE.....	71
3.1.2.3 Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE	72
3.1.3 O Controle dos Atos de Concentração Empresarial.....	73
3.2 ESTADOS UNIDOS	75
3.2.1 Objetivos da Legislação Norte-Americana	76
3.2.2 As Autoridades Antitruste.....	77
3.2.3 O Controle dos Atos de Concentração Empresarial.....	79
3.3 UNIÃO EUROPÉIA	80
3.3.1 Objetivos da Legislação Comunitária	82
3.3.2 As Autoridades Antitruste.....	83
3.3.3 O Controle dos Atos de Concentração Empresarial.....	84
3.4 QUADRO RESUMO	86
4 INEFICIÊNCIAS DO ANTITRUSTE NACIONAL.....	88
4.1 O PODER JUDICIÁRIO.....	88
4.1.1 Conceituação de Ato Vinculado	89

4.1.2 Conceituação de Ato Discricionário	90
4.1.3 Aplicação das Normas às Decisões do CADE	90
4.1.4 O Controle Judicial das Decisões do CADE	92
4.1.4.1 O CADE e a Jurisprudência Nacional: Aspectos Preliminares.....	92
4.1.4.2 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região	96
4.1.4.2.1 <i>O conflito de competência entre o CADE e o BACEN</i>	96
4.1.4.2.2 <i>Compromisso de cessação</i>	101
4.1.4.2.3 <i>Multas</i>	104
4.1.4.2.4 <i>Cooperativas</i>	106
4.1.4.3 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região	109
4.1.4.4 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	111
4.1.4.5 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região	113
4.1.4.5.1 <i>Cooperativas</i>	114
4.1.4.5.2 <i>Multas</i>	116
4.1.4.6 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região	118
4.1.4.7 Superior Tribunal de Justiça.....	120
4.2 A REGRA DA RAZÃO	121
4.3 O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE	126
4.3.1 O Caso Nestlé/Garoto	129
4.3.1.1 A Apresentação do Mercado pelos Agentes Econômicos.....	130
4.3.1.2 O Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE.....	131
4.3.1.3 O Parecer da Secretaria de Direito Econômico - SDE	132
4.3.1.4 A Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.....	134
4.3.2 Outros Casos	134
4.4 OS MÚLTIPLOS INTERESSES PROTEGIDOS	136
4.5 EFEITOS DAS INEFICIÊNCIAS APONTADAS	140
4.5.1 Aumentos dos Custos de Transação	141
4.5.2 Crise da Jurisdição	143
4.5.2.1 Acesso à Justiça: Abuso no Direito de Recorrer	143
4.5.2.2 Insegurança Jurídica e Sentimento de Impunidade	144

4.5.2.3 Prejuízos Econômicos e Sociais 146

CONCLUSÃO.....

REFERÊNCIAS

RESUMO

A lei antitruste proíbe, no Brasil, a prática de atos ou contratos que possam afetar negativamente a ordem econômica; sendo essa voltada especialmente à promoção de um princípio basilar da Constituição: a dignidade da pessoa humana. As autoridades da concorrência, especialmente pelo fato de trabalharem com os conceitos amplos e gerais dados pela legislação nacional (como o de mercado relevante), também por fundarem-se em princípios que podem conduzir a interpretações da mesma forma maleáveis, podem decidir sobre um ou outro ato de concentração assemelhados de forma bastante diversa. Assim, o estudo deve voltar-se para a análise das eficiências e ineficiências do direito antitruste nacional, comparando-as com outros sistemas alienígenas, para o fim especial de averiguar as conseqüências daquelas.

Palavras-chave: Ordem Econômica, Direito da Concorrência, Eficiência.

ABSTRACT

The Antitrust law prohibits, in Brazil, the practice of acts or contracts may negatively affect the economic order; because this order has especially aimed to promotion a fundamental principle of the Constitution: human dignity. The competition authorities, especially because of working with broad concepts and general data by national law (as the relevant market), also in founding principles that can lead to interpretations equally malleable, can decide on one or another similar act of concentration in different ways. Thus, the study must turn to the analysis of efficiencies and inefficiencies of national antitrust law, comparing them with other systems to the special purpose of investigating the consequences of those.

Key-words: Economic Order, Law of Competition, Efficiency.

INTRODUÇÃO

A análise dos preceitos da legislação antitruste nacional, focados essencialmente na promoção de uma ordem econômica que prima pela dignidade da pessoa humana, concedendo à livre iniciativa papel de princípio-meio, demanda a construção de base constitucional e principiológica sólida.

É justamente por isso que no primeiro capítulo serão traçadas as linhas mestras sobre a ordem econômica nacional, iniciando-se pelo estudo do fenômeno da constitucionalização do direito privado, passando por sua evolução e pelas críticas doutrinárias pertinentes, para desembocar na relação entre os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana; aliás, será alvo de averiguação a própria relação desses princípios com uma ideologia político-estatal eminentemente capitalista.

Feitas as ponderações iniciais e criado o arcabouço jurídico necessário ao correto deslinde da presente dissertação, será o momento de aprofundar o estudo e adentrar diretamente na área concorrencial.

Assim, o segundo capítulo é voltado aos conceitos essenciais e que serão importantes para o capítulo final; dentre eles, cabe destacar a própria noção de ato de concentração empresarial e suas espécies (horizontal, vertical e conglomerados), de mercado relevante, entre outros. Aliás, já de início será possível perceber-se que esses conceitos são maleáveis e podem gerar insegurança jurídica.

Isso, todavia, não é privilégio do sistema concorrencial nacional; outros sistemas, tais como o norte-americano e o europeu, também apresentam deficiências conceituais e ineficiências; desta forma, o terceiro capítulo terá como alvo e objetivo final a comparação entre os vários sistemas concorrenciais.

É nele que serão trabalhados com objetividade e profundidade o sistema brasileiro de defesa da concorrência, assim como os sistemas norte-americano e europeu; comparando-se a legislação, as autoridades responsáveis e a forma de atuação desses sobre os agentes econômicos e sobre o mercado de uma forma geral.

A conclusão dos três capítulos iniciais trará a fundação e o conhecimento necessário para a averiguação das (in)eficiências e as conseqüências dessas sobre a ordem econômica nacional.

Será possível verificar no último capítulo a interferência do Poder Judiciário sobre a atuação das autoridades antitruste nacionais (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico), revelando-se concretamente, com base em julgados de todos os Tribunais competentes (Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça), que existem decisões conflitantes entre si em todas as esferas daquele Poder.

Igualmente, com base especialmente em atos administrativos da autarquia concorrencial, ver-se-á que a aplicação da regra da razão (de origem norte-americana, mas vinculada essencialmente em um conceito de razoável bastante conhecido pelo direito nacional), a vasta gama de métodos para demarcar os mercados relevantes geográfico e do produto, e os muitos interesses umbilicalmente ligados à apreciação do mérito de um determinado ato de concentração, podem gerar insegurança jurídica para os agentes econômicos envolvidos, incrementando os custos de transação e trazendo verdadeira crise da jurisdição.

Destarte, a pesquisa não apontará um solução para as (in)eficiências que poderão ser verificadas, este não é o objetivo. O objetivo, pelo exposto, será averiguar o modelo econômico nacional, comparando-o aos alienígenas, para examinar se o atual sistema é social e economicamente adequado e eficiente, descrevendo as conseqüências dessa adequação ou dessa (in)eficiência.

Forte no exposto, transparece naturalmente a adequação do estudo com a área de concentração do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba, já que esse tem como objetivos promover a pesquisa e os estudos na área do Direito Empresarial; aliás, a presente dissertação, na forma como foi conduzida, induz a compreensão de preceitos da análise econômica e dos princípios constitucionais foco daquele programa.

1 A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Para o correto estudo da ordem econômica nacional que, adiante-se, tem bases constitucionais (mas nela, Constituição, não se esgota), faz-se necessária uma breve digressão sobre o reconhecido fenômeno da constitucionalização do direito privado, assim como das críticas doutrinárias pertinentes.

1.1 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O fenômeno da constitucionalização do direito privado pode ser resumido como a inserção de princípios e regras constitucionais nas relações privadas, derramando sobre essas relações valores e fundamentos superiores; dessa forma, “os princípios fundamentais do direito civil, elevados ao plano constitucional, passam a ser por esse condicionados; de outra forma, ficam submetidos aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.”¹

Porém, a doutrina aponta algumas críticas ao fenômeno, como será visto seqüencialmente; críticas essas por vezes pertinentes, porém não capazes de macular ou de negar aquele.

1.1.1 A Constitucionalização do Direito Privado

A separação clássica entre os ramos do direito em público e privado acarretou ao longo dos anos um isolamento do direito civil em relação aos demais ramos, mormente em função ao direito constitucional.

Tereza NEGREIROS² explica que “o paralelismo entre direito civil e direito constitucional fica representado pela existência de duas ‘Constituições’: ao lado da

¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **A Função Social da Propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade)**. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 241

² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49

Constituição dirigida à disciplina da vida pública, o Código Civil era concebido como a ‘Constituição da vida privada’, baseada na propriedade e no contrato.”

Vale dizer, então, que a Carta Magna era dirigida apenas às relações em que o Estado estivesse em um dos pólos, ou seja, era a integração ou não do ente estatal que comandava a utilização de um diploma legal, relacionado ao direito público, ou outro, relacionado ao direito privado.

Para o indivíduo, servia o texto constitucional apenas como forma de garantir direitos mínimos; importava, então, para a proteção daquele frente ao poder de império do Estado.

Correto, por conseguinte, o entendimento de Carlyle POPP³ ao dizer que “o papel da Constituição era o de tão-somente regular a ação do Estado, limitar seu poder, servindo como limite negativo.”

E arremata o mesmo doutrinador⁴:

...destarte, a partir da Constituição italiana nasce um novo foco: o ser humano tornou-se o centro do ordenamento jurídico. Passou-se então a valorizar o homem não como agente propulsor do capitalismo e da dinâmica das relações jurídicas - ideologia do Estado Liberal – mas, sim, como ser humano em suas relações internas. Protege-se o indivíduo enquanto indivíduo.

Assim, pode-se dizer que nas sociedades modernas, especialmente com a hierarquia inerente ao sistema constitucional, o direito civil passou a ser bombardeado por regras e princípios de ordem maior, ou seja, a hierarquia constitucional passou a influenciar as relações privadas.

Convêm lembrar que passou a importar para o direito civil certas regras, valores e princípios eminentemente de ordem constitucional, independente da participação concreta do Estado, posto que estava para se garantir a dignidade da pessoa humana.

É o que entende Carlos Martinez de AGUIRRE Y ALDAZ⁵, quando explica que a partir desse momento iniciou-se o fenômeno da:

³ POPP, Carlyle. **A Responsabilidade Civil Pré-Negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 44

⁴ POPP, op. cit., p. 47

⁵ AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martinez de. **El derecho civil a finales del siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 128

...utilização pelo Direito civil de mecanismos e instrumentos considerados mais próprios do Direito público (fundamentalmente, a limitação do jogo da autonomia da vontade, substituída pela regulação imperativa na matéria), o que vem fortemente influenciado por valores e princípios procedentes do Direito público: cabendo falar, então, na publicização das técnicas civis (ou simplesmente publicização).⁶

A publicização referida pelo autor deve ser entendida como a atração de regras de direito público, especialmente as constitucionais, para as relações privadas. Trata-se, sem dúvida, de fenômeno análogo ao reconhecido no Brasil como o da constitucionalização do direito privado.

Novamente, a doutrina⁷ esclarece dizendo que “nutrindo-se desta força normativa atribuída aos princípios constitucionais, a adoção da perspectiva civil-constitucional impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o direito civil, preenchendo as formas conceituais e as categorias lógicas desta área do Direito com o conteúdo axiológico estampado na Constituição.”

Sendo assim, obrigando-se o intérprete a compreensão do direito privado à luz da Carta Maior, torna-se impraticável continuar-se a defender a existência de uma distinção entre direito público e direito privado.

Diz-se, materializada a influência constitucional sobre as relações privadas; ou seja, concretizado um direito civil imbuído de valores constitucionais superiores, não se pode mais admitir a completa distinção entre aqueles ramos do direito.

Antônio Carlos EFING⁸ concorda com os termos propostos, resumindo o que foi exposto de forma bastante sucinta, dizendo que:

...não se pode mais conceber a distinção entre direito público e direito privado como sendo este o ramo do direito que regra as situações da sociedade e aquele o que regra a atuação

⁶ “la utilización por el Derecho civil de mecanismos e instrumentos considerados como más propios del Derecho público (fundamentalmente, la limitación del juego de la autonomía de la voluntad, substituída por la regulación imperativa de la matéria), o que se vem fuertemente influenciados por valores y principios peocedentes del Derecho público: cabría hablar, entonces, de publicación de las técnicas civiles (o, simplemente, publicación).” Tradução livre.

⁷ NEGREIROS, op. cit., p. 56

⁸ EFING, Antônio Carlos. **Direito Constitucional do Consumidor**: a dignidade humana como fundamento da proteção legal. In EFING, Antônio Carlos (coord.). *Direito do Consumo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 15/36

estatal, da mesma forma que não mais se admite pensar que a Constituição Federal é a lei do Estado, e a lei da sociedade corresponde aos códigos e demais diplomas legais.

Sendo assim, é de se admitir que a Constituição deixou de ser instrumento de proteção do indivíduo em relação à ingerência estatal e passou a ser instrumento para concretização de direitos e garantias fundamentais; melhor dizendo, a Carta Magna passou a prescrever comportamentos específicos ao Estado, cujo foco é a proteção dada ao indivíduo e a satisfação de direitos sociais.

É brilhante a conclusão do autor retro mencionado, quando diz que “a sociedade moderna - que se diz civilizada - clama pelo respeito, acima de tudo, da dignidade humana. O ser humano deve ser o alvo de todas as atenções, ao passo que o patrimônio e os negócios jurídicos seriam os instrumentos dessa realização coletiva.”⁹

Importante se destacar que o patrimônio referido pelo autor não é interpretado restritivamente, ou seja, não se trata patrimônio como sinônimo de propriedade, mas sim como sinônimo de todas as formas de “titularidade que envolve pessoas e patrimônio (material e imaterial).”¹⁰

Conclui-se, assim, que o fenômeno da constitucionalização do direito civil tem “a pretensão de reerguer, articulando-os sistematicamente, os destroços do direito civil liberal-individualista, com base em uma renovada axiologia, estabelecida pela Constituição a partir da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.”¹¹

É o princípio da dignidade da pessoa humana base sólida para a reconstrução do direito privado, ou seja, o fenômeno da despatrimonialização ou personalização (como quer dizer parte da doutrina) do direito privado é crescente e tem bases constitucionais, devendo ser analisado seqüencialmente.

⁹ EFING, op. cit., p. 15

¹⁰ EFING, op. cit., p. 24

¹¹ NEGREIROS, op. cit., p. 60

1.1.1.1 Despatrimonialização ou Personalização?

Como dito, a conseqüência lógica da constitucionalização do direito privado traduz-se no aparecimento de outro fenômeno: a despatrimonialização ou a personalização do direito privado.

A doutrina oscila na nomenclatura dada, entendendo que deve ser utilizada uma ou outra denominação: para despatrimonialização, a conclusão deve ser de que houve uma diminuição do absolutismo patrimonial; entendendo-se que o que existe é a personalização, o que há é a exaltação do ser humano, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante os entendimentos contrários, acredita-se que o epíteto correto é efetivamente a personalização, explica-se: a constitucionalização traduz-se na influência dos valores máximos no direito constitucional ao direito privado, ou seja, na exaltação do objeto primordial da proteção constitucional, o homem.

Elevando-se a proteção dada ao ser humano e, portanto, ao princípio fundamental da proteção a dignidade da pessoa humana, ocorre um equilíbrio na balança que mensura a importância do homem e da propriedade, inclusive fazendo-a pender para o lado do ser humano. Quer se dizer, então, que a exaltação do ser humano inverte o anterior absolutismo patrimonial, ou seja, é conseqüência da personalização a despatrimonialização; portanto, os fenômenos não se confundem.

Corroborando o entendimento de que a constitucionalização trouxe a personalização e essa, como conseqüência, desencadeou o fenômeno da despatrimonialização, AGUIRRE Y ALDAZ¹² complementa esclarecendo que “como conseqüência da maior importância da pessoa no Direito civil, e do processo de personalização a que tenho me referido, tem se falado de uma tendência à despatrimonialização do Direito civil.”¹³

¹² AGUIRRE Y ALDAZ, op. cit., p. 150/153

¹³ “Como consecuencia de la mayor importancia de la persona en el Derecho civil, y del proceso de personalización a que me he referido, se ha hablado de una tendencia hacia la despatrimonialización del Derecho civil.” Tradução livre.

Esclarecido o ponto de vista sobre a nomenclatura que será utilizada, é fundamental a qualificação de ambos os fenômenos; assim, por personalização compreende-se a exaltação do ser humano. Esta se funda na constatação de que o ser humano deve ser o centro de proteção da Constituição; vale dizer, desloca-se o homem para o núcleo das garantias constitucionais.

Já a despatrimonialização, consequência da personalização, a doutrina¹⁴ entende que se manifesta sobre dois prismas fundamentais: a) na subordinação institucional dos mecanismos patrimoniais perante a pessoa humana, já que essas instituições são meios para o desenvolvimento de qualquer sociedade mediamente evoluída; b) na atuação do personalismo como fator de correção dos desvios da ótica estritamente econômica.

Sendo assim, também na interpretação do direito privado deve prevalecer a hermenêutica social, consistente na exaltação do ser humano ou da dignidade da pessoa humana, isto, porque “a propriedade e a livre iniciativa são princípios-meios, e desta forma devem estar balizados no reconhecimento do valor da pessoa humana como fim.”¹⁵

Destaque-se que a interpretação conforme a Constituição não pode ser confundida com o modelo de proteção exacerbada à parte hipossuficiente, não se trata de beneficiar as partes desiguais (na medida de suas desigualdades), nem de um modelo paternalista; tal proteção, aliás, já foi alvo de críticas da doutrina, posto que causa soluções distintas para casos semelhantes.¹⁶

Conclui-se, desta forma, que a interpretação consoante a dignidade da pessoa humana pode e deve ser utilizada, atribuindo roupagem humanística também para as relações privadas.

¹⁴ AGUIRRE Y ALDAZ, op. cit., p. 152

¹⁵ FARAH, Eduardo Teixeira. **A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social.** In: MARTINS-COSTA, Judith (coord). **A reconstrução do direito privado.** São Paulo : RtT, 2002, p. 662/714

¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos – parte general.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 115/166.

1.1.2 Esvaziamento do Direito Privado e a Insegurança Jurídica Gerada pela Aplicação Direta da Constituição

Uma das principais críticas ao fenômeno da constitucionalização é baseada no esvaziamento do direito civil pela aplicação direta dos princípios constitucionais. O estudo deve voltar-se, assim, ao exame dos princípios constitucionais para, posteriormente, averiguar se a crítica é consistente.

Luís Roberto BARROSO¹⁷ diz que os princípios constitucionais “são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”

São, portanto, o núcleo de todo o sistema jurídico do Estado, “verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas componho-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo.”¹⁸

Cabe indagar se os princípios constitucionais podem ter aplicação imediata ou se apenas devem ter aplicação subsidiária; utilizados, então, na falta de legislação infraconstitucional.

Neste ponto, é correto o entendimento de Tereza NEGREIROS¹⁹ ao dizer que “o importante, para a doutrina civil-constitucional, é que se cumpra a Constituição, seja por meio de legislação infraconstitucional, seja, na falta desta, através da incidência direta de suas normas às relações jurídicas em geral.”

Nesse sentido, os princípios constitucionais devem servir como fonte balizadora na interpretação da legislação infraconstitucional e, somente na falta desta, ter aplicação imediata. É correto afirmar, em tese, que poder-se-ia aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana praticamente em qualquer relação jurídica, dado a sua complexidade e abrangência.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos do Direito Administrativo**. *Apud* BARROSO, op. cit., p. 153

¹⁹ NEGREIROS, op. cit., p. 86

Justamente por isso é que a sua aplicação imediata e concreta deve ser feita com cautela, já que se pode acabar por ignorar todo o sistema infraconstitucional; quer se dizer precisamente que é indevida a aplicação direta de um princípio constitucional quando há lei infraconstitucional que regule a questão.

O princípio deve servir como fonte para a resolução de conflitos entre a própria legislação infraconstitucional. É nesse sentido que leciona Juarez FREITAS²⁰:

...havendo, assim, antinomia entre normas de Direito público e de Direito privado, tudo tende a se dissipar coma hierarquização de determinado bloco de princípios aplicáveis topicamente, ou seja, recorrendo-se à diretriz capaz de, no plano mais alto, sobrepujar a antinomia, a qual não se equaciona apenas no domínio semântico, mas também no campo pragmático, reconhecidos os princípios como superiores às regras.

Explicou o autor muito bem que o conflito pode ser resolvido pela hierarquização, inclusive reconhecendo a prevalência dos princípios quando colidentes com as leis infraconstitucionais.

Porém, como novamente se afirmou, a aplicação direta deve ser evitada quando há lei que regulamente a matéria; a aplicação direta pode sim ocasionar insegurança jurídica e a diminuição ou esvaziamento das regras de direito privado.

Conclui-se, na esteira de Tereza NEGREIROS²¹, que “a insegurança gerada pela aplicação dos princípios reside não tanto no caráter inovador do conteúdo, mas sim da indeterminação do que seja, afinal, este conteúdo.”

1.1.3 O Conflito entre Direitos e Garantias Fundamentais

A crítica final ao fenômeno da constitucionalização é explicada por Tereza NEGREIROS²² da seguinte forma:

...a aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição no âmbito das relações interprivadas, quando prescinde da intermediação de normas infraconstitucionais, gera um tipo de conflito não solucionável pelo direito civil (âmbito de composição espontânea),

²⁰ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 230

²¹ NEGREIROS, op. cit., p. 88

²² NEGREIROS, op. cit., p. 98

comprometendo, nesta medida, a sua identidade, ao fazer com que tais relações acabem por ser subtraídas à regulação civilística.

Em outras palavras, há um fundado receio de que o Estado, como ente legítimo a definir quais são os direitos que deverão ser exercidos para o cumprimento da proteção ao ser humano, acabe por intervir indevidamente na esfera privada dos cidadãos, fazendo com que o direito privado, também nesse sentido, se torne inútil.

É justamente por isso que Konrad HESSE²³ menciona que “é essencial que subsista um reduto no qual se declare a absoluta impertinência da intervenção estatal, ainda que sob o pretexto de ser o Estado o portador do interesse social.”

Ora, se é certo que o direito civil deve ter em seu bojo o interesse social, marcado pelo cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção ao ser humano; da mesma forma é correto prescrever que o Estado deve intervir minimamente das relações entre os particulares, ainda que sob o pretexto de descumprimento daquele princípio, já que é vital que se mantenha em semelhante patamar a autonomia da vontade nas relações privadas.

Lembre-se que quando se fala em manutenção do princípio da autonomia da vontade, presume-se que na relação entre particulares exista igualdade; lembrando os ensinamentos de Niklas LUHMANN, Marcelo NEVES²⁴ assim recorda: “Luhmann define a igualdade como um conceito formal (uma diferença), que depende da existência de um outro lado, a desigualdade: ‘Igualdade sem desigualdade não tem sentido - e vice-versa. Se o igual deve ser tratado igual, o desigual tem de ser tratado como desigual.’”

Chega-se, desta forma, a conclusão de que a crítica à constitucionalização é procedente, no sentido de que o Estado poderá, mesmo quando busca proteger um princípio máximo, como o da dignidade da pessoa humana, acabar por intervir na esfera privada indistintamente; sendo assim, para que se mantenha a constitucionalização do direito privado, deve-se entender que a exaltação do ser

²³ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. *Apud*: NEGREIROS, op. cit., p. 102

²⁴ NEVES, Marcelo. **Ente Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 168

humano não pode ser absoluta e que deve ser mantida, ao menos parcialmente, a regulação privada para a solução dos conflitos entre pessoas.

1.2 A ORDEM ECONÔMICA NACIONAL

É importante dizer, antes mesmo de trabalhar o próprio mérito atrelado à discussão da ordem econômica, que há certa ambigüidade na interpretação dada a expressão *ordem econômica*. Por vezes, diz-se que é uma prescrição de comportamentos (mundo do dever-ser); noutras, é entendida como os comportamentos já realizados (mundo do ser).

Explicando melhor, das lições de Vital MOREIRA²⁵ podem se extrair dois conceitos principais; o primeiro:

...a ser encontrado principalmente na literatura económica, o termo designa o conjunto de todas as normas ou regras de conduta, qualquer que seja a sua natureza: jurídica, religiosa, moral, etc., que se reclamam a regulação do comportamento dos sujeitos económicos. É o sistema normativo (no sentido da sociologia) da acção económica...[o segundo refere-se] não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenómenos económicos materiais, uma relação entre factores económicos concretos, ou uma concreta estrutura de sujeitos e unidades económicos. Ordem, nesse sentido, é um conceito de facto e não um conceito normativo ou de valor, e exprime a realidade de uma inerente articulação do económico como facto.

Semelhante entendimento é encontrado em Américo Luiz Martins da SILVA²⁶ quando relata a ordem encontrada e a ordem espontânea, sendo aquela do mundo do ser (ordem encontrada), essa do mundo do dever-ser (ordem abstrata).

Partindo dessa constatação inaugural, para o estudo é importante trabalhar com a noção de ordem econômica (mundo do dever-ser), definindo-a como um conjunto de princípios e regras que regem um determinado modo de produção econômica; balizando, assim, a ordem econômica (mundo do ser). Justamente por ser esse conjunto é que Eros Roberto GRAU²⁷ coloca que a ordem econômica é na verdade

²⁵ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978, p. 67/69

²⁶ SILVA, Américo Luiz Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 69

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58

parcela da ordem jurídica; completando o pensamento, Américo Luís Martins da SILVA²⁸ diz que a ordem econômica está entrelaçada à ordem social.

As premissas estão ambas corretas. A ordem econômica está inserida na ordem social, a economia é parcela da sociedade; todas são reguladas pelo direito ou pela ordem jurídica. É essa última que define as regras que serão utilizadas pelas outras ou mesmo que aplica as sanções cabíveis pelo seu descumprimento; ou seja, é a ordem jurídica que promove comportamentos sociais ou economicamente aceitos ou sanciona as condutas desviantes.

Ainda, vale dizer que a ordem econômica é fundamentalmente constitucional, ou seja, tem bases em uma Constituição econômica; é nela que se encontram os preceitos ou o conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia.²⁹

Isso não quer dizer que é desnecessário regramento infraconstitucional, mas sim que a Constituição econômica “é conformadora das restantes normas da ordem jurídica da economia”³⁰, sendo que essa “conformação é feita através de normas estatutárias ou de garantia das características básicas de um sistema que se pretende proteger (como a que garante a existência de um sector privado ou cooperativo), e de normas directivas ou programáticas onde se apontam as suas principais linhas de evolução (como a que incumbe o Estado de promover o aumento do bem-estar social e económico).”³¹

Dito de outra forma, o regramento infraconstitucional é importante e continuará sendo, mas a sua interpretação deve pautar-se em uma ordem hierarquicamente superior, constitucionalmente prevista, voltada à garantia e incremento do bem-estar da sociedade como um todo.

²⁸ SILVA, op. cit., p. 2

²⁹ GRAU, op. cit., p. 79

³⁰ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002, p. 31

³¹ Idem.

1.2.1 Princípios Aplicáveis

São vários os princípios gerais expostos na Constituição de 1988 que regulamentam a ordem econômica nacional, especialmente descritos no artigo 170³² da Constituição e seus incisos; todos, como menciona o *caput* daquele artigo, têm como finalidade última a valorização do trabalho e da livre iniciativa, assegurando a todos existência digna, conforme preceitos de justiça social.

Não ignorando a importância de todos os princípios prescritos no referido artigo, é certo que a ordem econômica estampada na Constituição brasileira referenda duas premissas basilares: dignidade da pessoa humana e livre iniciativa.

Desta forma, o ensaio voltar-se-á para a análise desses dois princípios essenciais, especialmente para, após as suas devidas conceituações, averiguar a relação entre os mesmos e desses com a atual ordem econômica.

1.2.1.1 A Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana não está só prevista no artigo 170 da Constituição Federal, como fim da ordem econômica, mas é também fundamento do

³² 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, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

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.

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.

próprio Estado Democrático de Direito, como prediz o artigo 1º, inciso III, da Carta Magna³³.

Justamente por sua importância fundamental é que diz Carlyle POPP³⁴ que “toda a razão da existência da sociedade, da organização do Estado, das preocupações com toda a gama de direitos e deveres, inclusive nos chamados direitos difusos como a proteção ao meio ambiente, resume-se na pessoa humana.”

Nessa mesma linha de raciocínio, lembra Luiz Antônio Rizzatto NUNES³⁵ que “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarita dos direitos individuais”, caracterizando-se por um “princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo.”^{36_37}

Feita a anotação inicial, é de se verificar que o princípio “não deriva de uma lei natural ou de um direito natural, mas de sucessivas conquistas histórias que encontram raízes em vários momentos, tais como na doutrina cristã, no iluminismo, no kantismo e nas reações ao nazismo.”³⁸

³³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

³⁴ POPP, op. cit., p. 53

³⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45

³⁶ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 29

³⁷ A questão da fundamentalidade da dignidade já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se percebe no seguinte julgado: RECURSO ESPECIAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVA TENDÊNCIA DA SUPREMA CORTE. (...) 5. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária... (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 792.020/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 18/12/2008. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 22 de maio de 2009)

³⁸ REIS, Clayton; VAZ, Wanderson Lago. **Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Jurídica CESUMAR. v. 7 n.1 (janeiro/junho de 2007). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006, p. 190

Sendo assim, pode-se dizer que o conteúdo jurídico daquele princípio está em constante mutação, evoluindo através dos tempos até ser erigido ao valor fundamental, estampado na Constituição da República, como antes mencionado.

Há quem defenda que o princípio debatido tem valor “pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”³⁹; ou seja, dado ao seu caráter absoluto e intangível, aquele sobrepõe-se às demais normas e princípios, sejam constitucionais ou infraconstitucionais. Nessa corrente doutrinária destaca-se a lição de Eduardo Carlos Bianca BITTAR⁴⁰, para quem:

...a dignidade tem haver com esta capacidade de ser autônomo, na medida em que age a razão legisladora e moral. Se há o mundo dos fins absolutos (esfera do incondicional, do não relativizável, do inapreciável), em contraposição ao mundo dos fins relativos (esfera do preço, da troca, do útil, do variável), a definição humana decorre de sua condição invariável e inavaliável, na medida em que ninguém vale mais que ninguém, ninguém pode ser avaliado mais que ninguém, ao contrário das coisas *in commercio*. O uso da lei moral é um uso da razão legisladora a favor da *humanidade como-fim*, ou seja, contrária a que o homem seja tornado instrumento ou meio para a realização de fins pessoais ou egoísticos...

A exposição, todavia, encontra oposição na lição de Robert ALEXY⁴¹, para quem a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto, já que admitir-se um princípio absoluto e que precede todos os demais significa dizer que a sua realização não conhece limites jurídicos.

Melhor esclarecendo a questão, deve-se entender como procedente a crítica descrita, já que é possível a verificação em concreto do conflito entre a dignidade de uma pessoa e de outra, quando, para dar solução ao caso concreto, seria imprescindível a mitigação daquela.

Não obstante, mesmo que não absoluto, o fato é que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em muitos graus e, sob determinadas

³⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

⁴⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado da pós-modernidade**. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Direitos Humanos Fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: EDIFIEO, p. 44

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 106

condicionantes, pode-se afirmar com um alto grau de certeza que o mesmo precederá os demais.⁴²

Feitas essas ponderações e atribuindo-se à dignidade e ao princípio insculpido um valor fundamental, mas não absoluto, surge a problemática atinente à definição exata do que vem a ser dignidade, ainda que se admita que a sua violação seja sempre visível.⁴³

Ao que parece, é mais fácil definir o que não é dignidade do que conceituar precisamente o conteúdo e alcance desse princípio; ou seja, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana é perceptível somente a partir da análise do caso concreto. Corroborando essa afirmação, ensinam Clayton REIS e Wanderson Lago VAZ⁴⁴ que:

...o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é absoluto, não é uma revelação que se impõe de forma igual a todas as pessoas e, também, não tem significado compartilhado por todos os indivíduos, por mais semelhantes que estes sejam, mesmo que componham a mesma sociedade e vivam no mesmo momento histórico. E só pode ser apreendido perante o caso concreto, situando-se especialmente, cronologicamente e subjetivamente em relação às pessoas envolvidas.

Não obstante, visando minimizar a imprecisão, a doutrina recente tenta conceituar a dignidade como a concretização ou materialização de um mínimo existencial, incluindo aí “o direito à educação fundamental, à saúde, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”⁴⁵; ou da asseguuração dos direitos sociais.⁴⁶

Concedendo maior amplitude ao princípio, diz Eduardo Carlos Bianca BITTAR que o mesmo:

...reúne em seu bojo todo o espectro dos direitos humanos (que são tratados no âmbito privado como direitos da personalidade), que se esparge por diversas dimensões dogmático-jurídicas, alcançando: 1.) relações de consumo; 2.) prestação de serviços essenciais pelo Estado; 3.) cumprimento de políticas públicas; 4.) atendimento de necessidades sociais; 5.) construção da justiça social; 6.) alicerce das tomadas de decisão em política pública; 7.) base da idéia de

⁴² ALEXY, op. cit., p. 107

⁴³ NUNES, op. cit., p. 52

⁴⁴ REIS; VAZ, op. cit., 191

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305

⁴⁶ NUNES, op. cit., p. 51

moralidade administrativa e exigibilidade de conduta dos governantes; 8.) cerne das políticas econômicas e de distribuição de recursos (justiça distributiva); 9.) base para o desenvolvimento de ações tendentes ao desenvolvimento de políticas educacionais, urbanas e rurais, penitenciárias, etc.

Cabe dizer, em resumo, que a dignidade da pessoa humana é reconhecidamente um princípio de abrangência uma vasta gama de interpretações, sendo principalmente vista como forma de concretização de um mínimo existencial que visa proteger os direitos inerentes à personalidade da pessoa, direitos estes que podem ser considerados tanto individuais e pessoais (direito à vida, à integridade moral e física), como também coletivos, quais sejam: os direitos sociais, econômicos e culturais.⁴⁷

1.2.1.2 A Livre Iniciativa

Assim como a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa também é fundamento do Estado Democrático de Direito, como preconiza o artigo 1º, inciso IV, do Texto Magno⁴⁸; sendo “condição *sine qua non* da ordem estabelecida, sem a qual esta seria constitucionalmente inaceitável.”⁴⁹

O princípio da livre iniciativa advém do próprio direito à liberdade⁵⁰, conceituado no artigo 5º da Constituição Pátria, calcado na idéia de que a todos é dado o direito de iniciar uma atividade econômica e nela manter-se protegido, fundamentalmente, do abuso do poder econômico, como esclarecem os artigos 173, §4º, da Constituição Federal⁵¹ e 1º, *caput*, da Lei Antitruste⁵².

⁴⁷ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **A Educação e a Dignidade da Pessoa Humana**. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização. Osasco: EDIFIEO, p. 44

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁴⁹ DEL CHIARO, José; SILVEIRA, João Marcos; LEMES, Selma Maria Ferreira. **Fundamentos e Objetivos da Legislação Antidumping**. Revista de Direito Econômico. n. 25, jan/jul. 1997.

⁵⁰ POPP, op. cit., p. 60

⁵¹ 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.

(...)

Dizem João Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA⁵³ que a livre iniciativa “consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário).”

Deve-se lembrar que o princípio “tem um sentido extremamente amplo, abrangendo, no seu interior, não só a iniciativa privada, mas também a iniciativa cooperativa ou associativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública”⁵⁴, devendo essa liberdade ser vista em todos os seus espectros: liberdade individual, social e econômica.⁵⁵

Dando bases para a caracterização de uma dupla face⁵⁶ para o princípio, Eros Roberto GRAU⁵⁷ descreve a livre iniciativa primeiramente como liberdade pública, consistente na liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico), desdobrando-se na faculdade de criar e explorar uma determinada atividade econômica a título privado e da não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei; já em segundo momento como liberdade privada, caracterizada pela livre concorrência, cuja ramificação dá origem a faculdade de conquistar a clientela por meios leais, a proibição de formas de atuação de deteriam a concorrência e na neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial.

Sendo assim, para o referido doutrinador, a livre iniciativa abrange não somente o direito de iniciar uma determinada atividade econômica (cujo titular, regra geral, é a

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

⁵² Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

⁵³ CANOTILHO, João Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 328

⁵⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 450

⁵⁵ GRAU, op. cit., p. 202

⁵⁶ GRAU, op. cit., p. 204

⁵⁷ GRAU, op. cit., p. 205

empresa⁵⁸), homenageando o liberalismo econômico; sobretudo, inclui também o direito de livre concorrência. Esta é a dupla face do princípio da livre iniciativa.

Necessária aqui uma breve anotação crítica, especialmente para melhor explicar as idéias acima lançadas: a não ingerência no domínio econômico e a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial não quer dizer que se pretende um retorno aos ideais liberais “puros”, como posteriormente será visto; deve-se, sim, entender que ainda que siga uma ideologia liberal, o Estado atua na atividade econômica (em sentido amplo), norteando-se sempre pela concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Feito o apontamento, naquela mesma linha de raciocínio, acreditando na mencionada dupla face daquele princípio, mas ressaltando a atuação estatal, Paula FORGIONI⁵⁹ esclarece que:

...no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública, dando concreção aos ditames do art. 3º e do art. 170 da CF. Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe determinado comportamento do agente econômico, deve atuar o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos e existentes no seio de nossa Constituição.

Este é o mesmo entendimento de José Afonso da SILVA⁶⁰, quando leciona que os dois preceitos complementam-se em um mesmo e único objetivo: a tutela de um sistema de mercado. Este sistema, quando regido de forma anti-social, deve sofrer atuação do Estado, coibindo-se abusos prejudiciais à economia popular e ao consumidor.

Ainda que feitas tais ponderações, é de se lembrar que a livre iniciativa não se confunde com a livre concorrência, já que aquela “tem a ver com a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos,

⁵⁸ Foi mantida a expressão “empresa” para não descaracterizar a citação do autor; todavia, deve-se entender que o efetivo titular do direito de iniciar uma determinada atividade econômica é o empresário, já que aquela (empresa) não é titular de direitos.

⁵⁹ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 273

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 761

como garantia de sua liberdade econômica”⁶¹, enquanto essa “refere-se às possibilidades desses agentes de disputarem as preferências do consumidor no mercado e às medidas de salvaguarda a um tipo de mercado que assim o permita.”⁶²

A livre concorrência, assim, para Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS⁶³, rege-se pela existência mútua de uma vasta gama de bens e serviços, de consumidores e produtores, visando boas condições de competitividade e concorrência, forçando o comércio de maneira geral à constante atualização, inclusive com incrementos tecnológicos regulares em busca da redução de custo e maximização de lucros, para o fim especial de beneficiar o consumidor.

Apesar da lição dada, deve-se entender que a redução de custos e maximização de lucros são conseqüências da proteção à livre concorrência, derivados da preservação de uma economia de mercado pautada na eficiência.

Destaque-se, então, que a livre concorrência é instrumento para garantia da própria liberdade de iniciativa, com ela não se confundindo; baliza o seu exercício e garante a existência e manutenção dos competidores que, fundados na livre iniciativa, optaram por entrar no mercado.

Esse é o entendimento de João Bosco Leopoldino da FONSECA⁶⁴, quando diz que “garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas.”

Conclui-se, pelo exposto, que a livre iniciativa, apesar de abalizados entendimentos em sentido oposto⁶⁵, traz como conseqüência lógica a livre concorrência; de outra forma, pode-se dizer que somente se garantirá a livre iniciativa se igualmente se garantir a livre concorrência, já que de nada adiantará a entrada de

⁶¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 234

⁶² Idem.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 7. vol. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 25

⁶⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 90

⁶⁵ Em sentido oposto, diz Ana Maria de Oliveira Nusdeo que “a livre concorrência não constitui um corolário da livre iniciativa, vale dizer, não é uma conseqüência natural, ou um mero desdobramento, desse última.” NUSDEO, op. cit., p. 237

um novo competidor no mercado sem que se dêem subsídios ou condições para que, proibidas as condutas anticoncorrenciais, aquele se mantenha no mercado (em iguais condições de concorrer).

1.2.1.3 A Dignidade da Pessoa Humana e a Livre Iniciativa

Conceituados os princípios mencionados, deve-se agora analisar os seus pólos de atuação; ou seja, questionar qual é a relação de um para com o outro e como ambos contribuem para a ordem econômica nacional.

Pode parecer, em uma análise apressada, que há certo conflito entre os dois princípios, certa antinomia; todavia, este não é o caso.

O *caput* do artigo 170 da Carta Magna prescreve que, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos uma existência justa e digna.

Esclareça-se que a “livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho, do trabalho livre em uma sociedade livre e pluralista”⁶⁶; frise-se, assim, que ao se valorizar a livre iniciativa se está também a valorizar o trabalho livre.

Assim, complementando a formulação anterior, “a liberdade de iniciativa [compreendendo, portanto, não só atividade empresarial, mas também o trabalho livre] apenas é considerada um fundamento da ordem econômica na medida em que ela é orientada para a realização dos fins expressos para essa ordem.”⁶⁷

Extrai-se do acima exposto que a livre iniciativa é princípio-meio, enquanto tiver como fim assegurar a todos uma existência justa e digna; ou seja, aquele princípio pode ser descrito como um meio para assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Definindo a falsa dicotomia, tem-se que a dignidade da pessoa humana é o fim último esperado por uma ordem econômica que valoriza a livre iniciativa (portanto, também o trabalho livre).

⁶⁶ GRAU, op. cit., p. 207

⁶⁷ NUSDEO, op. cit., p. 236

1.3 A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Pela exposição feita até o momento, é possível verificar que o Estado brasileiro é fundamentalmente capitalista, sendo a ordem econômica fundada em um regime de economia de mercado; ainda, que aquele poderá atuar na economia para consagração do princípio último que rege a própria ordem econômica: a dignidade da pessoa humana. Alguns pontos dessa afirmação, todavia, devem ser melhor trabalhados.

1.3.1 Atuação ou Intervenção

Escolheu-se o vocábulo atuação ao invés de intervenção, já que ambos, adiante-se, não tem a mesma significação. Eros Roberto GRAU⁶⁸ descreve a atuação do Estado como gênero e a intervenção como espécie; diz, referido doutrinador, que “toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção”, esclarecendo que “intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado.”⁶⁹

É no mesmo sentido em que trabalha Washigton Peluso Albino de SOUZA⁷⁰ quando prescreve que a intervenção é uma forma de ação (portanto, atuação) do Estado no domínio econômico ou José Afonso da SILVA⁷¹ quando diz que o Estado participa ou intervém naquele domínio.

A opção pelo uso da expressão “atuação” também pode ser justificada por outro viés, qual seja, do lapso temporal em que se dá aquela. Melhor dizendo, o Estado intervirá na seara econômica quando buscar a solução para um caso específico ou que demande medida urgente e necessária; ou atuará no meio econômico quando conduzir

⁶⁸ GRAU, op. cit., p. 91

⁶⁹ GRAU, op. cit., p. 92

⁷⁰ SOUZA, Washigton Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 316

⁷¹ SILVA, op. cit., p. 685

a economia e o mercado paulatinamente. Resumindo: a intervenção será cirúrgica e precisa, enquanto a atuação traduzir-se-á nas margens do rio econômico.

Assim, seja porque a intervenção é espécie do gênero atuação, seja porque o objetivo do Estudo volta-se a uma visão ampla do fenômeno econômico, utilizar-se-á a expressão “atuação”, “ação” ou “participação” do Estado.

1.3.2 Formas de Atuação do Estado

A doutrina portuguesa, nas palavras de Vital MOREIRA⁷², prescreve que a atuação do Estado, quando vista sob um prisma ou definida por critérios não (exclusivamente) jurídicos, pode ser classificada em direta e indireta:

...medidas directas consistem em ordens juridicamente vinculantes dirigidas pelo estado aos particulares para obter deles uma acção, uma omissão ou uma prestação; medidas indirectas são aquelas pelas quais o estado atinge o seu objectivo, não pela coacção, mas sim através de incentivos ou da utilização de meios adaptados a outros fins (v. g. sistema fiscal).

Todavia, ambas as situações acima expostas podem ser entendidas como atuação indireta do Estado, já que o ordenamento jurídico tanto pode ser coercitivo como promocional, como seqüencialmente será visto.

Noutra linha de raciocínio, tratando especificamente da atuação na forma da Constituição vigente, o Estado, nas palavras de Marçal JUSTEN FILHO⁷³, pode atuar na economia de duas formas: direta e indireta; será indireta quando no exercício de sua competência legislativa e regulamentar o Estado disciplinar o exercício de atividades econômicas, e direta quando do “desenvolvimento por meio de uma entidade administrativa de atividades de natureza econômica, em competição com os particulares ou mediante atuação exclusiva.”⁷⁴

⁷² MOREIRA, op. cit., p. 206/207

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, 465

⁷⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 466

Tal entendimento deriva da própria análise do texto constitucional, posto que o artigo 174⁷⁵ prescreve a atuação indireta, e os artigos 175⁷⁶ e 173⁷⁷ mencionam a atuação direta pela realização de serviço público ou atividade econômica em sentido próprio ou estrito, respectivamente.

Pode-se dizer, então, que a atividade econômica é gênero, sendo espécies o serviço público (atuação do Estado para suprir uma necessidade urgente e imediata ligada a direito fundamental) e atividade econômica em sentido próprio ou amplo (atuação do Estado em regime de concorrência ou monopólio não vinculado a satisfação de direito fundamental).⁷⁸

Para Eros Roberto GRAU⁷⁹, a atuação do Estado pode ser classificada em três modalidades: por direção, participação ou absorção, ou por indução. Por direção, o Estado atuará quando utilizando seu poder de legislar ou de regulamentar, impondo diretamente determinadas condutas; por participação ou absorção atuará o Estado exercendo diretamente uma determinada atividade econômica; por último, o Estado pode induzir comportamentos com sanções premiais.⁸⁰⁻⁸¹

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 466

⁷⁹ GRAU, op. cit., p. 91

⁸⁰ É nesse sentido que trabalha Fábio NUSDEO quando diz que “a primeira modalidade corresponde a todas as normas de caráter legal ou regulamentar destinadas a impor, diretamente, uma dada conduta aos agentes econômicos, quer privados, quer públicos... A segunda e a terceira [participação ou absorção] vêm a ser o exercício de uma determinada atividade econômica quer diretamente pelo Estado, quer por entidade criada para tanto. São as empresas ou entes estatais que podem absorver por inteiro um dado setor produtivo ou dele participar como uma de suas unidades operativas... Finalmente, pela quarta modalidade, o Estado não impõe nem absorve, mas induz a certos comportamentos ou decisões mediante sanções premiais.” (NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 195)

⁸¹ Também no mesmo sentido, Cf. BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 252

Calha trazer, pretendendo especialmente esclarecer as sanções premiais e indução, as lições de Norberto BOBBIO⁸²:

O instrumento jurídico clássico do desenvolvimento econômico, em uma sociedade na qual o Estado não intervém no processo econômico, foi o negócio jurídico, a que o direito, precisamente o ordenamento coativo, limita-se a garantir a eficácia. Mas a partir do momento em que o Estado assume a tarefa não apenas de controlar o desenvolvimento econômico, mas também dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aqueles que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, freqüentemente, é reforçada por uma sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam, como ocorre, por exemplo, nas denominadas leis de incentivo... Daí a função do direito não ser mais apenas protetivo-repressiva, mas também, e com freqüência cada vez maior, promocional.

Daí a diferença entre um sistema coercitivo e um promocional, como bem ensina aquele mesmo doutrinador⁸³:

Para atingir o próprio fim, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la impossível, torná-la difícil e torná-la desvantajosa. De modo simétrico, pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa.

Da forma como foi tratado o tema, pôde-se averiguar que o Estado atuará diretamente no domínio econômico quando utilizar-se de seu poder legislativo e regulamentar, podendo, dirigir ou induzir a economia; e indiretamente quando exercer atividade econômica gênero (sendo espécie o serviço público e a atividade econômica propriamente dita).

1.3.3 A Atuação do Estado e a Terceira Via

Asseverou-se no decorrer da exposição que a ordem econômica do Estado brasileiro é essencialmente capitalista; isto é fruto da constatação de que aquela traz

⁸² BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 208-209

⁸³ BOBBIO, op. cit., p. 15

como premissa basilar a reduzida atuação estatal e um regime de economia de mercado.

Corroborando essa afirmativa, diz José Afonso da SILVA⁸⁴ que “a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, caput e incisos II e IV)”; isto é, “admite a propriedade privada dos meios de produção; o investimento de capital estrangeiro, ainda que sujeito à disciplina da lei, reconhece o poder econômico como elemento atuante no mercado (pois só se condena o abuso desse poder) e a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado.”⁸⁵

Não obstante o fato de ser capitalista, está cada vez mais difícil enquadrar a atuação do Estado brasileiro (ou a ausência dela) em um determinado quadro ideológico e político. A doutrina é oscilante, classificando o modelo nacional como liberal, socialista, Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), socialdemocracia e neoliberal; pelo que necessário conceituar singelamente cada um daqueles.

Sobre o modelo liberal, pós-Revolução Francesa, ensina Gisela Maria BESTER⁸⁶ que o Estado era um “Guarda Noturno”, já que “se limitava a policiar a ordem pública, tendo um perfil não-intervencionista. É este o Estado Liberal Clássico: aquele que governa e administra, porém não interfere nas atividades econômicas privadas, nas relações contratuais dos indivíduos, deixando isso para a ‘mão invisível do mercado’.”

Com o colapso do liberalismo, especialmente oriundo da forçada exploração do trabalho e extrema desigualdade social, crescem os ideais socialistas⁸⁷; esses fundados nos ensinamentos de Marx e Engels, cujo foco era a revolução do proletariado (defesa dos trabalhadores explorados) e assunção dos meios de produção.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 679

⁸⁵ SILVA, op. cit., p. 89

⁸⁶ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. v. I. São Paulo: Manole, 2005, p. 21

⁸⁷ BESTER, op. cit., p. 22

Especialmente pelo surgimento das Constituições mexicana (1917) e alemã (1919), nasce uma nova concepção de Estado, o do Bem-Estar; esse era um Estado que:

...se obrigou a implementar um sistema de previdência e de seguros sociais, de seguro desemprego, de habitação, educação e saúde às suas populações pauperizadas. Foi o Estado obrigado a dirigir, a traçar normas, ao mesmo tempo restringindo um tanto o indivíduo em sua autonomia contratual e contemplando interesses sociais, por meio da intervenção nas atividades econômicas.

É no mesmo sentido que caminha o conceito de socialdemocracia que, nas palavras de Marcus Cláudio ACQUAVIVA⁸⁸, “defende a economia de mercado com a participação de todos, mas não admite que indivíduos ou grupos pretendam monopolizar a atividade econômica; quando isso ocorre, o Governo intervém para restabelecer o equilíbrio ameaçado.”

Por fim, o Estado do Bem-Estar entra em crise (fiscal, de legitimação e governabilidade), já que as promessas inaugurais foram trocadas por superinflação, déficit público, excesso de burocracia, corrupção e desemprego⁸⁹; nasceu, então, a proposta neoliberal, pretendendo especialmente desonerar o falido Estado do Bem-Estar.

Nesse espectro, o neoliberalismo “caracteriza-se por buscar uma economia de mercado sem limites, por dedicar especial atenção à atividade econômica em detrimento da atividade social e política.”⁹⁰

Assim, estabelecidos os conceitos na forma anteriormente proposta, deve-se descartar, de plano, a idéia de que o Estado brasileiro é socialista; mesmo que se admita a supressão (ou atuação estatal) da livre iniciativa e da propriedade privada, esse fato, por si só, não leva ao ideologismo socialista, já que o seu conteúdo positivo

⁸⁸ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283

⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184/185

⁹⁰ Idem

implica, necessariamente, que deve haver “o controle e domínio social do desenvolvimento das forças produtivas pelos próprios trabalhadores.”⁹¹

Aliás, a prescrição de uma economia de mercado, tendo a livre iniciativa (e como consequência a livre concorrência) como valores fundamentais, é suficiente para inviabilizar qualquer retorno ao ideal socialista.

Melhor esclarecendo a questão, dizem Luciano Benetti TIMM e Rafael Bicca MACHADO⁹² que existe:

...um modelo de ordem econômica constitucional liberal (que respeita e institucionaliza as relações espontâneas de mercado) - protetor da propriedade, do contrato e da livre iniciativa - e um modelo de ordem econômica constitucional social - que, sem rejeitar os postulados liberais, busca o planejamento e a intervenção do Estado nas relações de mercado, estabelecendo programas de políticas públicas vinculadas aos poderes do Estado, fundamentalmente o executivo e legislativo.

Deve-se deixar claro, assim, uma primeira noção: a doutrina socialista não se confunde ou não é “sinônimo de socialdemocracia; Estado do Bem-Estar, com capital privado.”⁹³

Da mesma forma, não se aplicam ao Brasil as idéias liberais; não o liberalismo “puro”, baseado na total ausência de atuação estatal. Aliás, cabe dizer que há verdadeiro paradoxo na aplicação dos ideais do liberalismo, já que se pode argumentar que a ausência de atuação estatal é uma forma de regulação de mercado.

O liberalismo “puro” sequer é aplicado nos Estados Unidos, já que lá existem “cerca de sessenta agências federais que emitem perto de 1.800 regras por ano, limitando de algum modo a atividade das empresas e das pessoas”⁹⁴

O fato é que as teorias acima apresentadas (liberalismo e socialismo) divergem da realidade histórica e essa demonstra que não houve a aplicação de um regime

⁹¹ SILVA, op. cit., p. 680

⁹² TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, Mercado e Função Social**. Revista da AJURIS, n.º 103, p. 207/208

⁹³ SARDENBERG, Carlos Alberto. **Neoliberal, não. Liberal: para entender o Brasil de hoje e amanhã**. São Paulo: Globo, 2008, p. 37

⁹⁴ SARDENBERG, op. cit., p. 129

ideológico “puro”, mas sim a evolução da ideologia liberal com a absorção de conceitos socialistas.⁹⁵

É esse o motivo que leva Eros Roberto GRAU a dizer que o modelo ideológico-político aplicado nacionalmente é o Estado do Bem-Estar⁹⁶; gize-se que essa afirmação doutrinária encontra ainda mais defensores quando vista a aplicação de um modelo de Estado do Bem-Estar passivo, adulator da inatividade⁹⁷, pelos atuais representantes daquele.

O fato, todavia, é que a Constituição nacional trabalha com a idéia de um Estado do Bem-Estar, mas os preceitos daquela não foram realmente aplicados; vale dizer, a saúde, educação e até mesmo a segurança são privadas, sofrendo a imensa maioria da população (que não tem recurso para arcar com aquelas necessidades) com as filas intermináveis nos hospitais, as escolas públicas sem professores e o domínio do crime organizado sobre uma polícia despreparada e desorganizada. É por esse motivo que se recusa a idéia de um Estado do Bem-Estar brasileiro.

Dessa constatação, pode-se defender que vige, então, a ideologia neoliberal, efetivada por “uma onda de privatizações do patrimônio público e por um processo de desregulamentação das relações trabalhistas”⁹⁸; o Estado, neste caso, passaria a mero gestor da economia, sendo considerando um Estado Gerencial⁹⁹. Essa visão também não se coaduna com o caso brasileiro, já que o Estado atua (e deve atuar) na ordem econômica, já que a própria história mostrou o fracasso da ausência estatal completa sobre os mercados e sobre a economia de uma forma geral.

Pelo visto, o que se pode extrair é que o Estado brasileiro, atualmente, não é liberal, socialista, do Bem-Estar ou neoliberal; ainda que se admita a aplicação de tais ideologias em momento anteriores.

Ao que parece, o Brasil caminha para um intermediário entre o liberalismo e o socialismo: a terceira via; essa “acredita que as fundações éticas do socialismo - a

⁹⁵ SOUZA, op. cit., p. 314

⁹⁶ GRAU, op. cit., p. 46

⁹⁷ LATHAM, Marl. **A Terceira Via**: um esboço. In: GIDDENS, Anthony (org.). Debate Global sobre a Terceira Via. São Paulo: UNESP, 2007, p. 54

⁹⁸ BESTER, op. cit., p. 25

⁹⁹ Idem.

fraternidade e a igualdade - podem coexistir com as liberdades de mercados liberalizados e da democracia liberal.”¹⁰⁰

Melhor dizendo, parte-se da “idéia de um caminho alternativo entre o liberalismo e o fracassado socialismo. É o capitalismo com responsabilidade fiscal e social, a economia de mercado deixada funcionar livremente, mas sob a regulação do Estado.”¹⁰¹

A regulação (ou a atuação do Estado no domínio econômico - para manter a coerência do estudo) é devida, já que o próprio modelo proposto (da terceira via) entende que “as economias de mercado não estão livres de deficiências.”¹⁰²

Resumidamente, então, pode-se dizer que a Constituição brasileira, ao fundar a ordem econômica na livre iniciativa, privilegiou uma economia de mercado; o Estado pode atuar na economia, especialmente porque o mercado não é livre de imperfeições.

A livre iniciativa (ideal liberal) é princípio-meio para a concretização de uma sociedade justa e solidária, que visa à redução das desigualdades sociais (base social), pelo respeito, acima de tudo, à dignidade da pessoa humana.

Assim, parece ser viável dizer que a ideologia condizente com essas premissas constitucionais é efetivamente a acima mencionada terceira via; isso, porque a pretensão não é a eliminação do Estado, mas sim a sua atuação de forma a garantir uma economia de mercado que distribua ativamente benefícios sociais.

¹⁰⁰ LATHAM, op. cit., p. 52

¹⁰¹ SARDENBERG, op. cit., p. 117

¹⁰² LATHAM, op. cit., p. 58

2 O DIREITO ANTITRUSTE E OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

Concluído o estudo preliminar sobre a ordem econômica, seus conceitos e aplicações ao sistema jurídico-econômico nacional, devem ser enfrentados, neste momento, a aplicabilidade dessas premissas ao direito antitruste, traçando-se as linhas mestras sobre os atos de concentração empresarial.

Note-se que por uma questão didática optou-se por trazer ao final do capítulo a classificação doutrinária sobre as espécies de atos de concentração, já que para o correto estudo daqueles, são necessários argumentos preliminares, tais como a explanação sobre a própria motivação para concentrar, assim como sobre a definição de mercado relevante (geográfico e do produto).

Assim, de forma inaugural, analisar-se-á a própria definição de direito antitruste para, após, trazer as classificações doutrinárias pertinentes, especialmente em relação aos atos de concentração empresarial.

Espera-se com isso dar amparo às ponderações trazidas no capítulo seguinte, quando serão aprofundadas as noções aqui apresentadas com o regramento brasileiro e internacional em matéria antitruste.

2.1 O DIREITO ANTITRUSTE

O exame do direito antitruste pressupõe o desdobramento de sua própria denominação, ou seja, faz-se necessária a definição de concorrência para somente então aplicá-la ao viés jurídico.

2.1.1 Aspectos Preliminares Sobre Concorrência e Antitruste

A concorrência está intimamente ligada com a competição, aos meios empregados por certos agentes para a obtenção de um determinado fim específico.

Não obstante, para o presente trabalho interessam apenas os atos que tragam reflexos econômicos e que sejam praticados por agentes que atuam em determinado mercado.

Sendo assim, a noção perseguida de concorrência remonta à idéia do liberalismo econômico, fruto da revolução industrial. Isto, porque somente após esse marco histórico é que “a relação maestro e aprendiz é substituída pela relação patrão e empregado.”¹⁰³

A concorrência ou competição travada entre os agentes econômicos (não mais organizados em corporações de ofícios) demandava liberdade de atuação “para buscar novos mercados, praticando os preços que entendessem convenientes, conquistando consumidores (inclusive de outros agentes econômicos) e aumentando as vendas, sem qualquer restrição.”¹⁰⁴

Da exposição retro, torna-se bastante claro que a concorrência constitui-se na livre competição entre agentes econômicos para a conquista de determinado mercado de consumo, visando à maximização dos lucros.

A ligação entre a concorrência e antitruste é explicada por Eduardo SALOMÃO NETO¹⁰⁵ ao longo de seu livro, mas, sinteticamente, o autor expõe que os grandes empresários americanos, ainda que reunidos em associações (disfarce para o regime de cartel), não tinham segurança alguma de que os seus associados cumpririam as regras impostas; havia sempre o risco de determinado associado reduzir o preço de seus produtos para aumentar a sua participação no mercado e elevar as vendas, causando prejuízo aos demais.

Surge da insegurança do empresariado a figura do *trustee*, caracterizado pela transferência das ações da empresa associada para um administrador comum em troca de um certificado que conferia ao dono o direito de receber os seus dividendos, porém, sem nenhuma ou quase nenhuma participação no gerenciamento e comando destas empresas.

O certo é que a administração única de agentes econômicos que antes competiam por uma parcela do mercado acarreta incremento do poder deste conjunto,

¹⁰³ FORGIONI, op. cit., p. 57

¹⁰⁴ FORGIONI, op. cit., p. 28

¹⁰⁵ Cf. SALOMAO NETO, Eduardo. **O Trust e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

já que esse pode delimitar os preços cobrados, as margens de lucros, entre outros fatores que trazem prejuízo as livres iniciativa e concorrência.

Criou-se, então, uma política antitruste, ou seja, que veda ou impõe restrições ao abuso do poder econômico, consequência do monopólio criado pela figura do *trust*; tal noção alia-se perfeitamente à idéia de livre concorrência anteriormente trazida.

2.1.2 Conceito de Direito Antitruste

O direito antitruste é sinônimo de direito da concorrência, já que para essa ser livre presume-se a ausência da figura do “trust” ou da coligação de empresas que visem o incremento abusivo do poder de mercado, como anteriormente explicado.

Modernamente, o direito antitruste é apontado por Gesner OLIVEIRA e João Grandino RODAS¹⁰⁶ “como conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso de poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade.”

Tal definição encaixa-se perfeitamente não só na função coercitiva do direito, mas também na sua função promocional, esclarecida por Norberto BOBBIO¹⁰⁷, como já anteriormente esclarecido.

Correto afirmar, em síntese conclusiva, que o direito antitruste é caracterizado por um conjunto de regras e princípios que visam prevenir comportamentos indesejados dos agentes econômicos, tais como os que tendam ao abuso de poder econômico, promovendo as livres iniciativa e concorrência.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29

¹⁰⁷ BOBBIO, op. cit., p. 208/209

2.2 MERCADO RELEVANTE

A fixação de um conceito de mercado relevante é condição preliminar e essencial para o estudo dos atos de concentração empresarial, já que esse depende da verificação em concreto daquele.

Isto, porque que a demarcação do mercado relevante define se um ato de concentração, por exemplo, é vertical, horizontal ou conglomerado; ou ainda, pode esclarecer se há o domínio empresarial mínimo, como definido na lei, no percentual já exposto.

Sobre o tema, a doutrina¹⁰⁸ brasileira entende que:

...a delimitação do mercado relevante toma em consideração dois aspectos: a possibilidade de substituição do lado da procura e do lado da oferta. Sob o primeiro aspecto, trata-se da possibilidade de os consumidores substituírem o produto em questão por outro em caso de um aumento de preços do primeiro. Sob o segundo aspecto refere-se à possibilidade de novos produtores, atuantes em mercados relevantes geográficos ou do produto contíguos, ingressarem no mercado onde o preço daquele produto tenha sofrido um aumento ou, numa situação menos comum, de que os consumidores se dirijam a áreas geográficas vizinhas para adquirir os produtos ou serviços em questão.

Justamente por isso que o estudo seguirá por estes dois caminhos; o conceito de mercado relevante sob o viés geográfico e do produto.

Não se olvide que os preceitos aqui trazidos serão revolvidos no capítulo final; porém, considerando-se a grande discussão que envolve essa questão, buscar-se-á o estabelecimento de um conceito médio ou o mais aceito pela doutrina majoritária.

2.2.1 Mercado Relevante Geográfico

Inicialmente, deve-se entender que o mercado relevante geográfico não pode ser “determinado abstratamente, pois depende não apenas da localização do agente econômico, mas também da natureza do produto e da prática que está sendo analisada.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ NUSDEO, op. cit., p. 29

¹⁰⁹ FORGIONI, op. cit., p. 233/234

Por isso que a análise depende da verificação em concreto não só da localização dos agentes econômicos envolvidos, mas também das conseqüências da atuação dos envolvidos: agentes econômicos e consumidores; ou seja, duas premissas devem ser averiguadas: inicialmente a localização geográfica e posteriormente o comportamento dos consumidores.

É por isso que a doutrina nacional¹¹⁰ entende o mercado relevante geográfico como espaço geográfico onde o agente econômico pode, sem perder grande número de clientes ou alavancar a distribuição de produtos da concorrência, aumentar os preços de seus produtos; ou seja, é a:

...área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos: (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área; ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares.¹¹¹

Nos Estados Unidos, o guia¹¹² expedido conjuntamente pelo *Department of Justice* e *Federal Trade Commission*, datado originalmente de 1992 e revisado em abril de 1997, prescreve que a autoridade antitruste irá considerar como mercado relevante geográfico o território em que se localizam os agentes econômicos envolvidos; neste espaço pré-definido pela localização empresarial, será aplicado o teste do monopolista hipotético. Se for rentável para os agentes econômicos praticarem um pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços (normalmente 5%, mas podendo ser aumentado dependendo da atividade econômica analisada), o mercado relevante geográfico será definido apenas como a localização da sede dos envolvidos; se o resultado for negativo, serão adicionadas novas localizações, aumentando-se o mercado relevante geográfico para o caso analisado.¹¹³

¹¹⁰ SALOMÃO FILHO, SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 109 e ss

¹¹¹ FORGINONI, op. cit., p. 234

¹¹² A versão completa do guia pode ser adquirida em: <<http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.shtm>> Acesso em 18 de agosto de 2009.

¹¹³ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text and cases**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 501

Para o direito concorrencial europeu, a conceituação de mercado relevante geográfico é feita levando-se em consideração a homogeneidade das condições de competição; de outra maneira, conceitua-se como o:

...espaço geográfico no qual a empresa de possível posição dominante e seus concorrentes competem. A Informação da Comissão Européia define este conceito como: ‘ o espaço no qual as empresas consideradas estão envolvidas no fornecimento e demanda de produtos e serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e que pode ser diferenciado de áreas vizinhas devido às condições distintas de concorrência.’¹¹⁴

O fato, todavia, é que a grande maioria dos casos analisados pela autarquia concorrencial nacional apresenta como mercado relevante geográfico o território nacional ou determinadas regiões específicas, já que a própria análise pela autoridade antitruste depende de percentuais mínimos de concentração ou de valores relativamente altos derivados do negócio realizado; convém destacar, assim, que a autoridade antitruste dificilmente será instada a resolver uma situação ou definir um mercado relevante no âmbito de bairros ou mesmo cidades, sendo mais comum que estejam envolvidos pelo menos um dos estados na nação.

Forte no exposto, define-se o mercado relevante geográfico como a mínima parcela territorial, partindo-se da base ou sede empresarial, onde os agentes econômicos podem praticar um aumento rentável de preços.

2.2.2 Mercado Relevante do Produto

O mercado relevante do produto (ou material) deve ser analisado no espectro de concorrência direta, tendo o consumidor papel fundamental, posto que é ele quem deve estar disposto a trocar o produto consumido por um similar; parte, portanto, de um mesmo mercado relevante; ou seja, produtos fungíveis entre si pertencem, regra geral, a um mesmo mercado relevante material (ou do produto), ainda que não pareçam semelhantes em primeiro momento.¹¹⁵

¹¹⁴ LIMA, José Antônio Farah de. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008, p. 24

¹¹⁵ FORGIONI, op. cit., p. 241

É de se ressaltar, contudo, que a noção de fungibilidade pode trazer surpresas ao intérprete, já que produtos com a mesma concepção podem ou não integrar o mesmo mercado relevante do produto; ou seja, no mercado relevante material de canetas (por exemplo), serão distintos os mercados de canetas comuns, mais baratas, daquele de canetas executivas, em que o preço pode chegar ao de um carro popular.¹¹⁶

As diferenças de qualidade, preço e finalidade devem ser levadas em consideração, assim entendendo Calixto SALOMÃO FILHO¹¹⁷:

...produtos que para os consumidores servem absolutamente para o mesmo uso podem não ser substituíveis se a diferença de preço entre eles for muito grande. Poderão ser substituíveis, no entanto, se essa diferença de preço corresponder exatamente à diferença de qualidade a eles atribuída pelos consumidores (isto é, à diferença de utilidade para ambos os produtos).

Sendo assim, ao exemplo do direito americano, deve-se considerar para a averiguação proposta não só a fungibilidade ou a possibilidade de migração do consumidor para outro produto similar, mas também o tempo e o custo que envolvem essa transição.¹¹⁸

O direito concorrencial europeu traz importantes esclarecimentos, como lembra José Antônio Farah Lopes de LIMA¹¹⁹, entendendo que o mercado relevante material ou do produto

...compreende todos os produtos existentes os quais os clientes consideram como bons substitutos para aqueles da empresa de possível posição dominante. Em sua Informação, a Comissão Europeia afirma que: 'mercado do produto relevante compreende todos aqueles produtos e/ou serviços que são considerados como comutáveis pelo consumidor, por razões diversas tais como as características do produto, preço e finalidade de uso.'

Lembre-se que esses aspectos devem ser vistos não aleatoriamente; vale dizer, a avaliação da vontade do consumidor deve se considerada quando de um aumento razoável e não transitório de preços para produtos fungíveis entre si. É preciso

¹¹⁶ FORGIONI, op. cit., p. 242

¹¹⁷ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 114

¹¹⁸ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 500

¹¹⁹ LIMA, op. cit., p. 23

lembrar, por conseguinte, da tese do monopolista hipotético, igualmente utilizada para a definição do mercado relevante geográfico.

Não obstante, é possível e recomendável a utilização de outros métodos para a definição do mercado relevante do produto, sendo que o mais utilizado consiste no fenômeno da elasticidade cruzada; nesse, serão considerados fungíveis entre si (e, portanto, dentro de um mercado relevante material) os bens quando “o aumento no preço de um deles conduz ao aumento da procura do outro.”¹²⁰

Por último, há quem sustente que o fator rentabilidade, além de estar ligado à demanda (escolha do consumidor), está também ligado a oferta; ou seja, quando outros agentes econômicos que produzem um bem com finalidade diversa puderem, sem aumentar os seus custos de produção ou os custos de transação de uma forma genérica, produzir o bem que sofreu o pequeno porém significativo aumento de preço, entrando no mercado como novo competidor, deve ser ampliado o mercado relevante material ou do produto para também incluir esse novo item.

Paula Andréa FORGIONI¹²¹ assim exemplifica a questão:

...tomemos uma produtora de tintas do tipo ‘x’, destinadas exclusivamente à pintura de um determinado bem. Poderá ocorrer que as produtoras de tintas do tipo ‘y’ (que possuem outra finalidade) sejam capazes de, imediatamente, passar a fabricar as tintas do tipo ‘x’, sem que, para isso, devam incorrer em elevados custos. Por essa razão, sustentam alguns que o mercado relevante deveria incluir as fabricantes de tinta ‘x’ e ‘y’ (ou seja, deveria ser considerado não apenas o hábito do consumidor - aspecto relacionado à demanda - mas também a concorrência existente para a oferta do produto ou serviço).

Essa definição de mercado relevante baseada na oferta (comportamento dos agentes econômicos), normalmente acaba por ampliando o mercado em análise e diminuindo, via de consequência, o poder de mercado, ponto que será melhor visto posteriormente.

Assim, conclui-se que o mercado relevante material ou do produto corresponde a menor gama de produtos entre si fungíveis (teste da elasticidade cruzada), considerando um aumento rentável de preços (teste do monopolista hipotético).

¹²⁰ FORGIONI, op. cit., p. 242/243

¹²¹ FORGIONI, op. cit., 246

2.2.3 A Portaria Conjunta 50/2001

No âmbito da definição de mercado relevante (geográfico e do produto) e nos atos de concentração que chegam para análise da autarquia concorrencial nacional, deve ser observada a portaria 50/2001¹²², expedida conjuntamente pelas secretarias.

Referida portaria elucida e corrobora os conceitos já trazidos, assim como prescreve e pormenoriza o teste do monopolista hipotético para verificação e enquadramento de um determinado mercado relevante, servindo como ponto de partida para a análise de qualquer ato que chegue ao conhecimento do Conselho.

Assim, em singelos termos, “o mercado relevante é definido como menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços.”¹²³

Quer-se dizer, então, que o mercado relevante geográfico considera-se pela menor área e o mercado relevante do produto é medido pela menor gama de produtos; para chegar-se a essa menor área ou ao menor grupo de produtos, aplica-se o teste do monopolista hipotético, que:

...consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região onde provem a produção que for a melhor substituta até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços.

Esclarecendo melhor o ponto, pode-se dizer que a autoridade antitruste, para conceituar o mercado relevante (geográfico e do produto) de um determinado ato de

¹²² BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria Conjunta n.º 50 de 1º de Agosto de 2001**, publicada no Diário Oficial da União n.º 158-E, Seção 1, páginas 12 a 15, em 17 de agosto de 2001. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 28 de agosto de 2009.

¹²³ Idem.

concentração, irá considerar que o novo agente econômico formado será monopolista de um determinado produto e em uma determinada região.

Se esse novo monopolista puder aumentar os seus preços de maneira significativa e por um período não transitório (pelo menos um ano) de maneira rentável, está definido o mercado; se não for rentável, similares produtos e regiões próximas são acrescentados à análise original, repetindo-se o processo até que aquele aumento relativamente pequeno e não transitório seja rentável.

Essa rentabilidade está inevitavelmente condicionada ao poder de escolha do consumidor; ou seja, se o consumidor puder substituir determinado produto ou alterar a região de aquisição, não há rentabilidade naquele aumento relativamente pequeno e não transitório de preços, já que o suposto monopolista perderá parcela significativa do mercado em que atua.

Convém citar novamente a referida resolução¹²⁴:

... o efeito de um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ de preços para o monopolista hipotético depende da reação dos consumidores. Esta reação, por sua vez, é dada em função da propensão com que os consumidores estejam dispostos a desviar sua demanda para um produto substituto ou a para produto idêntico oriundo de outra área, como resposta a um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preço.

Para esclarecimento, pode-se mencionar o seguinte exemplo: considere-se a fusão de dois fabricantes de motores tipo “A” que antes competiam no mercado do estado do Paraná; ainda, imagine-se que o novo agente econômico criado, sendo um monopolista hipotético, aumentou os preços no mesmo motor antes fabricado em 10% (dez por cento). Se um fabricante de carro, que precisa desses motores, buscar e encontrar motor idêntico ou um similar, tipo “B”, no estado de Santa Catarina e deixar de adquiri-los do suposto monopolista, então o conceito de mercado relevante, tanto geográfico como do produto, deve ser ampliado, visando incluir naquele o estado de Santa Catarina e nesse o motor do tipo “B”.

Refeito o teste com as inclusões mencionadas e sendo rentável o aumento de preços, seja porque o consumidor não tenha opção de escolha (um produto substituto)

¹²⁴ Idem.

ou porque o exercício dessa opção demandará custos que superam o aumento de preços, está fixado o mercado relevante, tanto geográfico como do produto.

No exemplo acima citado, portanto, se for inviável ao fabricante do carro buscar um motor tipo “C” ou os custos dessa aquisição em outro estado brasileiro exigirem um valor que supera o aumento praticado pelo monopolista hipotético, fica fixado o mercado relevante geográfico como os estados do Paraná e de Santa Catarina, e o mercado relevante do produto como sendo dos motores tipos “A” e “B”.

Apesar da aparente facilidade em averiguar os pontos acima, determinar o nível do aumento de preços (percentual que caracterizaria o aumento relativamente significativo e não transitório), assim como o correto nível de escolha do consumidor, pode gerar certa insegurança, já que mesmo um grande aumento do preço pode ser compensado por uma boa imagem do produto ou mesmo por técnicas de publicidade, fato que mascararia a verdadeira substitutibilidade daquele em determinado mercado.

Essa questão, como já antecipado, será melhor tratada posteriormente no capítulo final, onde se averiguarão os problemas práticos na aplicação dos conceitos expostos, assim como alguns julgados da autarquia concorrencial que justificam uma crítica ao modelo adotado.

2.3 OS ATOS DE CONCETRAÇÃO EMPRESARIAL

Os atos de concentração empresarial podem ser entendidos, basicamente, como quaisquer atos jurídicos ou contratos que propiciem um incremento de riquezas dos agentes econômicos participantes.

É por isso que Ana Maria NUSDEO¹²⁵ entende que “um determinado ato ou contrato pode ser considerado uma operação de concentração de empresas quando as partes envolvidas, antes centros autônomos de decisão, passam a atuar como um único agente, do ponto de vista econômico, em todo o conjunto de suas atividades, e de forma permanente.”

¹²⁵ NUSDEO, op. cit., p. 22-23

A posição adotada de que é necessária a unificação dos centros de decisão não é unanimidade, posto que parte da doutrina entende que “a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, ainda que mantenham sua autonomia, passarão a deter uma vantagem competitiva sobre os demais e que (sempre após a operação) se transforma em maior poder econômico de ambas.”¹²⁶

Independente da posição adotada, é certo que o ato de concentração, após sua concretização, pressupõe um aumento de poder econômico dos empresários que o realizaram.

A concentração, para a doutrina, entende-se por aumento de riquezas em poucas mãos¹²⁷, portanto, o aumento de poder econômico dos empresários é a preocupação central do direito antitruste; convém ressaltar que não é qualquer aumento, mas sim aquele cuja existência possa propiciar o abuso e, como consequência, acarretar a violação aos princípios constitucionais já trabalhados.

Destarte, um ato de concentração empresarial busca um incremento de poder empresarial-econômico e pode ser caracterizado por condutas ou por modificações nas estruturas das próprias empresas, podendo ter como finalidade um benefício ou um prejuízo ao mercado¹²⁸.

Eros Roberto GRAU¹²⁹ expõe que a intenção é, na verdade, possibilitar a existência de um ato que restrinja a concorrência, desde que as “eficiências sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos.”

Frise-se que, regra geral, não só os agentes privados submetem-se a esta ordem econômica e ao controle (e restrições) dos organismos estatais, mas também as próprias empresas públicas, sociedades de economia mista, entre outras que explorem atividade econômica.¹³⁰

¹²⁶ FORGIONI, op. cit., p. 464

¹²⁷ FONSECA, op. cit., p. 84

¹²⁸ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., *Apud*: NUSDEO, op. cit., p. 25

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Melheiros, 2005, p. 195

¹³⁰ PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **O Antitruste e as Empresas Estatais**. Revista de Direito Mercantil, n. 138, 2005, p. 179

2.4 MOTIVAÇÃO PARA CONCENTRAR

A concentração empresarial pode ser motivada pelas mais variadas razões, algumas legítimas, outras nem tanto; ou seja, algumas razões são necessárias ou justificáveis, enquanto outras têm como consequência a violação dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica nacional.

É nesse sentido que trabalha a doutrina americana¹³¹, seguida pela doutrina brasileira¹³², entendendo que daquelas razões, “algumas são claramente contrárias à política antitruste enquanto outras servem a ela. Muitas são neutras. Em todo caso, a motivação é relevante para determinar um efeito particular do ato de concentração.”¹³³

Assim, se os atos de concentração empresarial, adiante-se, são analisados por seus efeitos e não por sua forma¹³⁴, o estudo da motivação ganha importância; aliás, sobre a análise da motivação para concentrar, assim se manifestou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹³⁵:

...na aplicação da regra ‘per se’ após evidenciada a conduta, a consideração de que qualquer outra circunstância adicional seria dispensada para a análise de mérito, em nome da economia e da conveniência administrativa. Este, todavia, não é o caso da diretiva do art. 20 que, ao contrário, exige justamente a avaliação dos efeitos do comportamento guerreado sobre a concorrência, de acordo com as categorias dos incisos. Nesse sentido, as vias de prova de ato anti-concorrencial pela conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 adotam explicitamente a “regra da razão” como metodologia geral de análise do mérito.

Nesse espírito estão a exigência de prova da intencionalidade de efeito nocivo à concorrência ou de prova de potencialidade de geração de efeitos anti-concorrenciais para a identificação do ato infrativo. (destacou-se)

A autarquia concorrencial é clara ao prescrever que é exigível a prova da intencionalidade ou da potencialidade de gerar efeitos nocivos à concorrência, o que, de fato, passa necessariamente por um estudo do comportamento e motivação do agente econômico.

¹³¹ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 670 e seguintes

¹³² Cf. NUSDEO, op. cit., p. 25-27; FORGIONI, op. cit., p. 470-472

¹³³ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 674

¹³⁴ FORGIONI, op. cit., p. 146/152

¹³⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n.º 08012.002299/2000-18, Rel. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, julgado em 19 de abril de 2002. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 16 de junho de 2009.

Considerando isso, a primeira razão para concentrar é nitidamente anticompetitiva, já que baseia-se na aquisição de uma posição de dominação do mercado para fins anticompetitivos, vale dizer, parte-se da premissa de concentrar visando o abuso da posição dominante de mercado.¹³⁶⁻¹³⁷

Referida razão, nos esclarecimentos de Ana Maria de Oliveira NUSDEO¹³⁸, é perceptível quando:

...a compra de concorrentes tem por fim sua eliminação e a possibilidade, ao agente remanescente, de os explorar, na forma da redução da produção ou do aumento de preços ou através de qualquer tipo de abuso...

Finalmente, algumas operações têm a finalidade única de especulação com o valor das ações das companhias envolvidas, sem consideração a questões de ordem produtiva ou mercadológica.

A segunda razão para concentrar é fundada na concepção de facilitação da expansão ou da entrada em determinado mercado relevante; ora, “a companhia adquirente pode estar comprando pessoal requisitado, instalações, ou patentes.”¹³⁹

Vale ressaltar, então, que:

...é indubitavelmente mais rápido comprar um empreendimento andando do que construir um desde o começo. E, se a firma adquirida está em uma diferente linha de trabalho, concentrar-se pode ser mais barato do que uma entrada independente com todos os custos iniciais, tais como recrutando e treinando administradores e outros trabalhadores, de publicidade, ou de criação de instalações para distribuição. Pode ser especialmente mais barato adquirir uma empresa ativa do que inventar novas patentes ou obter acesso independente à pessoal escasso ou outros recursos.¹⁴⁰

A terceira razão para concentração está ligada à eficiência operacional e à economia de escala¹⁴¹; busca-se, neste caso, uma aproximação entre produção e distribuição na intenção de diminuir custos.

¹³⁶ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 674

¹³⁷ Nos ensinamentos de Paula Andréa FORGIONI, a pretensão empresarial é “sucatear a adquirida, tomando sua *market share* e eliminando-a do mercado.” (FORGIONI, op. cit., p. 470).

¹³⁸ NUSDEO, op. cit., p. 26

¹³⁹ ARREDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 674

¹⁴⁰ ARREDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 675

¹⁴¹ Idem.

Quer-se dizer, daí, que a “especialização do trabalho e as complicadas técnicas de produção podem ser melhor exploradas quando em uma grande linha de produção. Grandes máquinas de alta capacidade são mais lucrativas se o seu custo é espalhado ao longo de uma larga base de trabalho.”¹⁴²

Todavia, é preciso lembrar que “muitos dos bens e serviços podem ser adquiridos a preços inferiores no mercado, sendo, portanto, desnecessária ou mesmo irracional a aquisição de outra empresa para garantir o seu fornecimento.”¹⁴³

Deve o agente econômico, então, verificar se é mais eficiente aumentar a sua base territorial ou linha de produção, analisando especialmente o aumento dos custos envolvidos (maquinário, instalações, pessoal treinado, aumento dos centros de comando, entre outros), ou buscar alternativas mais baratas no mercado.

Como quarta razão, pode-se mencionar o ganho financeiro independente de novas eficiências; ou seja, “a construção de um império pode motivar administradores ou o uso de novas táticas fiscais.”¹⁴⁴

Nesse sentido, pode-se dizer que apenas a motivação pessoal dos administradores em alçar degraus na escala de gerência do novo e incrementado agente econômico pode gerar um ganho financeiro antes inexistente; aliás, a própria competição interna entre aqueles administradores pode acabar por trazer novos negócios ou melhorar os já existentes; isso, sem que a busca pela eficiência seja diretamente almejada. Ao que parece, nesse exemplo, o próprio egoísmo dos administradores traria um benefício global ao agente econômico.

Existem também os ganhos financeiros gerados por novas eficiências, esses a quinta motivação para concentração empresarial. Paula Andréa FORGIONI¹⁴⁵ coloca que essa quinta motivação é baseada na idéia de opção de investimento de capital ou de diminuição de risco pela ampliação do mercado de atuação; ou seja, por vezes compensa investir um capital inativo, especialmente quando o valor de uma

¹⁴² ARREDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 23/24

¹⁴³ FORGIONI, op. cit., p. 471

¹⁴⁴ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 675

¹⁴⁵ FORGIONI, op. cit., p. 472

companhia não reflete seus ativos¹⁴⁶, ou quando a pulverização (ou a diversificação) das atividades diminui o risco empresarial¹⁴⁷.

A sexta motivação para concentrar deriva de opção do próprio administrador, independente do que almejam os acionistas; aquele pode querer “fazer parte de uma maior, mais diversificada, e talvez mais forte companhia.”¹⁴⁸⁻¹⁴⁹

Tal fato, por si só, é suficiente para motivar o administrador a buscar a concentração, já que “o prestígio do administrador pode depender substancialmente do tamanho da firma”¹⁵⁰ e quanto maior o prestígio, maior possivelmente a sua remuneração e os seus lucros.

Uma substituição da atual administração pode gerar igualmente um ato de concentração, considerando-se essa a sétima motivação. Nas palavras de ARREDA, KAPLOW e EDLIN¹⁵¹:

...uma concentração pode ter sucesso em transferir o negócio para melhores mãos, que podem produzir operações mais eficientes e uma mais vigorosa competição...

Um adquirente pode ver grandes ganhos em assumir uma companhia mal gerenciada e que falhou em explorar disponíveis e rentáveis oportunidades. Essa explicação serve para muitas aquisições, especialmente para aquelas onde a administração presente não estava disposta a ceder voluntariamente.

Mas não só quando se quer solucionar uma pretérita má-administração existe essa motivação para concentrar, há casos em que ela pretende viabilizar a continuidade do agente econômico ou evitar uma futura má-administração.

¹⁴⁶ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 675

¹⁴⁷ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 675/676

¹⁴⁸ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 676

¹⁴⁹ Nesse sentido é que trabalho Ana Maria de Oliveira NUSDEO ao afirmar que “algumas vezes a compra de ações de empresas decorre do mero interesse pessoal dos administradores em se fazerem contratar por empresa de maior porte e sem qualquer preocupação com o aumento da eficiência de suas empregadoras.” (NUSDEO, op. cit., p. 26)

¹⁵⁰ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 676

¹⁵¹ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 676/677

Resumindo muito bem a questão, assim entende a doutrinadora Paula Andréa FORGIONI¹⁵²:

...embora possa parecer uma contradição, muitas vezes a venda da empresa é o meio mais eficiente ou mais seguro de preservar a continuação de suas atividades. O empresário que está encerrando sua vida profissional pode preferir deixar a seus herdeiros outros bens que não a unidade produtiva. Para os acionistas, administradores, fornecedores e empregados pode ser menos traumática a opção da venda àquela da bancarrota ou do declínio das atividades empresariais. No Brasil, a venda a terceiro costuma ser uma solução para eventual conflito entre os sócios ou acionistas, viabilizando a continuação das atividades sociais.

A concentração defensiva pode ser considerada a oitava motivação para a utilização de um ato de concentração. Utiliza-se, neste caso, a concentração como forma de defesa contra a falta de (ou o medo de que faltem) ganhos em escala para ser eficiente ou de resistência contra as práticas injustas ou vantagens dos competidores; vale dizer, a concentração serve para defesa do agente econômico, seja no intuito de elevar a eficiência ou de aumentar a resistência (ampliar os meios) para competição no mercado.¹⁵³

Não obstante, a concentração defensiva pode ser uma tática de incrementar o preço para revenda de um grande conglomerado, por exemplo, ou mesmo um agente facilitador para o empresário que está se retirando do mercado com distúrbio mínimo ou para aquele que está entrando com as facilidades de adquirir um negócio já ativo.

Há, ainda, quem sustente que a concentração defensiva é fundada na intenção do agente econômico em tornar-se tão grande que evite que ele mesmo se torne um alvo de futuras aquisições; isso, porque o valor de uma companhia poderá variar de acordo com a probabilidade de sua aquisição.¹⁵⁴

Pelo exposto, é de se concluir que muitos são os motivos que levam os agentes econômicos a praticar atos de concentração empresarial; alguns derivam de interesse exclusivo dos próprios envolvidos, outros servem à sociedade como um todo.

¹⁵² FORGIONI, op. cit., p. 472

¹⁵³ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 677

¹⁵⁴ BARADWAJ, Babu G.; DUBOFSKY, David A.; FRASER, Donald R. **Defensive Acquisitions in the Banking Industry: the takeover premium hypothesis.** *Jornal of Economics and Finance.* vol. 20. number 2. Summer/1996, p. 13/21

Caberá à autoridade antitruste, utilizando-se de seu aparato legal e econômico, averiguar a validade de determinado ato de concentração, não esquecendo que a motivação para concentrar precede os seus efeitos.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

Sobre a classificação dos atos de concentração empresarial, aceita pela doutrina de forma pacífica, Paula Andréa FORGIONI¹⁵⁵ diz que eles subdividem-se em:

...horizontais, verticais e conglomerados. Assim como os acordos horizontais, as concentrações desse tipo envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, estando, portanto, em direta relação de concorrência. Ao invés, é vertical se os partícipes desenvolvem suas atividades em mercados relevantes ‘a montante’ ou ‘a jusante’, ou seja, concatenados no processo produtivo ou de distribuição o produto. As concentrações conglomeradas dizem respeito, por sua vez, a empresas que atuam em mercados relevantes completamente apartados...

Isto posto, são três as formas de concentração: horizontal, vertical e conglomerados; conceitos que serão esmiuçados seqüencialmente.

2.5.1 Concentração Horizontal

Os atos de concentração horizontal, como regra geral, devem ser entendidos como quaisquer atos ou contratos entre agentes econômicos que atuem em um mesmo mercado relevante.

Para Ana Maria de Oliveira NUSDEO¹⁵⁶, a concentração horizontal “envolve duas ou mais empresas atuantes no mesmo mercado relevante ou em mercados de produtos sucedâneos, que possam competir entre si.”

A doutrina norte-americana não discrepa no ponto tratado, entendendo que “a concentração horizontal elimina um competidor e concentra o poder de mercado de duas firmas nas mãos de uma.”¹⁵⁷

¹⁵⁵ FORGIONI, op. cit., p. 467

¹⁵⁶ NUSDEO, op. cit., p. 46

¹⁵⁷ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 677

Trata-se, portanto, de uma relação íntima entre empresas antes competidoras, no sentido de relevar a concorrência direta e estabelecer a cooperação em determinado ramo (produto ou serviço), sendo a forma de concentração mais ameaçadora à livre concorrência, pois dela “resulta a saída de um concorrente do mercado, aumentando o grau de concentração.”¹⁵⁸

Corroborando a afirmação acima feita, Gesner OLIVEIRA e João Grandino RODAS¹⁵⁹ ensinam que “ao contrário das práticas verticais, as práticas horizontais foram sempre consideradas de maior potencial de dano ao mercado. Isso porque são ações entre concorrentes que, como o nome sugere, devem concorrer no mercado e não cooperar entre si.”

Evidente que tais operações podem resultar em incremento de poder de mercado, quiçá a formação de um oligopólio ou mesmo um monopólio; porém, a vedação cega aos monopólios não pode se declararada, já que parte da doutrina deixa a entender que uma sucessão de monopólios pode ser economicamente melhor do que a competição estática entre empresas.¹⁶⁰

Dito de outro modo, para que um monopólio supere o outro, é necessário um incremento na atividade econômica, seja por minimização de custos (e conseqüentemente do preço final ao consumidor), pelo desenvolvimento de novas tecnologias ou incremento na eficiência de uma forma geral; é o que Joseph Alois SCHUMPTER¹⁶¹ chama de “a onda de destruição criativa.”¹⁶²

Pelo exposto, vê-se que a concentração horizontal, apesar de tendente ao incremento do poder de mercado, não pode ser declarada prejudicial “per se”, já que pode acarretar benefícios ao sistema como um todo e que superam aqueles prejuízos.

¹⁵⁸ NUSDEO, idem.

¹⁵⁹ OLIVEIRA; RODAS, op. cit, p. 40

¹⁶⁰ POSNER, RICHARD. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2002, p. 281

¹⁶¹ SCHUMPTER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Modern Edition. New York: HarperCollins Publishers, 2008, p. 81/86

¹⁶² A gale of creative destruction.

2.5.2 Concentração Vertical

A concentração vertical, fundada, assim, em acordos verticais, pode ser conceituada como atos ou contratos entre agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, que atuam em elos distintos da corrente de produção ou distribuição de determinado bem ou serviço, ou seja, consiste “na operação envolvendo agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva.”¹⁶³

Nestes termos, diz-se que o acordo vertical pode ser “a montante” (para cima), quando relacionado ao elo de produção; ou “a jusante” (para baixo), quando concatenado ao processo de distribuição.¹⁶⁴

Corroborando esse entendimento, Calixto SALOMÃO FILHO¹⁶⁵ diz que “os acordos verticais têm uma estrutura bastante diversa dos horizontais. Seu objetivo não é eliminar a concorrência, mas sim eliminar a oposição de interesses entre seus membros.”

Gize-se, assim, que o agente econômico que busca associar-se com outro em linha vertical procura, na verdade, diminuir os riscos inerentes à atividade empresarial e não diminuir a própria atividade empresarial, eliminando a concorrência; busca, portanto, segurança¹⁶⁶ para o desenvolvimento de sua atividade econômica ou a eliminação das incertezas¹⁶⁷.

Pelo exposto, certo que a diferença básica entre concentração horizontal e vertical é que na primeira há eliminação direta de um concorrente (posto que ambos os antigos concorrentes reúnem esforços para maximização de lucro), na segunda, todavia, não se elimina ou inviabiliza a concorrência pela simples concentração, há a reunião de esforços, mas não a eliminação direta de um concorrente do mercado.

¹⁶³ Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/publicacoes/cartilha.asp>> Acesso em 05 de agosto de 2008.

¹⁶⁴ FORGIONI, op. cit., p. 467

¹⁶⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291

¹⁶⁶ ROBINSON, E. A. G. *apud* FORGIONI, op. cit., p. 418

¹⁶⁷ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 299

2.5.3 Conglomerados

As concentrações conglomeradas¹⁶⁸, por sua vez, são aquelas que não são horizontais ou verticais¹⁶⁹, por exclusão aos conceitos já relatados, caracterizando-se pela reunião de esforços empresariais de agentes que não concorrem diretamente nem possuem qualquer vínculo na cadeia produtiva ou de distribuição.

É muito contestada a necessidade de atuação da autoridade antitruste quando da verificação de grandes conglomerados econômicos, fundamentalmente porque tal prática não restringiria diretamente a concorrência (posto que não geraria poder de mercado), nem aniquilaria (de plano) um concorrente do mercado, como acontece nos acordos horizontais.

Roberto Heron BORK¹⁷⁰ chega a dizer que a formação de conglomerados entre duas ou mais empresas que atuam em mercados distintos e não tem nenhuma relação entre si, não cria nem aumenta o poder de mercado de uma delas (ou de ambas), devendo ser desconsiderada pelo direito antitruste.

Não obstante, Calixto SAMOLÃO FILHO¹⁷¹ lembra que a análise dos conglomerados deve ser mais comportamental do que estrutural; ou seja, independente de haver influência direta na concorrência (como pode acontecer nas restrições horizontais e verticais), é de suma importância entender-se o objetivo e o comportamento dos agentes econômicos.

Destarte, a formação de conglomerados pode sofrer a influência do direito antitruste, como no caso em que um agente econômico adquire outro e, com o aumento do tamanho do empreendimento, consegue influenciar negativamente a concorrência; ou não, como na fusão de duas empresas que atuam em mercados relevantes completamente diferentes e que não gera nenhum poder de mercado.

¹⁶⁸ NUSDEO, op. cit., p. 50

¹⁶⁹ É nesse sentido que trabalha o Juiz BORK, ao dizer que os conglomerados são classificados como concentrações que não são verticais nem horizontais, assim, uma fusão entre os produtores atuantes no mercado de roupas e de vinhos é um conglomerado, já que as firmas envolvidas não vendem no mesmo mercado e não se relacionam como fornecedoras ou vendedoras. (BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1978, p. 246)

¹⁷⁰ Idem.

¹⁷¹ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 322

3 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

Neste tópico, serão traçadas as premissas basilares sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trazendo-se sucintamente a forma de atuação das autoridades antitruste.

No intuito de trazer a experiência internacional para comparação, serão apresentados os sistemas alienígenas de defesa da concorrência para que se possam averiguar as assimetrias entre os vários organismos internacionais.

Disso, almeja-se dar uma perspectiva geral da forma com que os Estados tratam o direito antitruste para que no capítulo final possam ser extraídos e verificados os pontos discrepantes e os comuns à legislação nacional.

3.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

No Brasil, a Lei 8.884/94 é a responsável por regular o direito da concorrência, sendo de sua criação o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).¹⁷²

Tais organismos estatais têm a função primordial de promover uma economia de mercado eficiente e competitiva, fundando-se nas livres iniciativa e concorrência, para o fim especial de trazer benefícios sociais e econômicos, coibindo qualquer ato ou contrato que possa limitar ou prejudicar aqueles princípios, conforme detalhamento abaixo.

¹⁷² Comentando as inovações da Lei 8.884/94, Carolina Pancotto Bohrer MUNHOZ diz que “no âmbito dos órgãos concorrenciais brasileiros, surgiu a tríade CADE-SDE-SEAE, que passou a ser conhecida como sistema Brasileiro de Direito da Concorrência. Cabe ao CADE, como última instância decisória na esfera administrativa, julgar os processos em matéria de concorrência, após receber os pareceres da SDE e da SEAE, que não são vinculativos. Estes dois órgãos detêm funções de análise e investigação, levando em consideração, respectivamente, os aspectos jurídicos e econômicos dos fatos ocorridos.” (MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 181)

3.1.1 Objetivos da Legislação Antitruste Brasileira

Por óbvio que, ao se falar em um objetivo geral da legislação antitruste nacional, deve-se lembrar do relacionamento entre os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana; a consagração desse último é o objetivo máximo de toda a legislação infraconstitucional, inclusive do regramento concorrencial.

O próprio artigo 1º¹⁷³ da Lei 8.884 de 1994 prescreve que essa orientar-se-á pela defesa dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico; todos estes, como descrito nos capítulos anteriores, princípios-meios para solidificação do basilar princípio da dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que diz Paula Andréa FORGIONI¹⁷⁴ que “o texto da Constituição não deixa dúvidas quanto ao fato da concorrência ser, entre nós, um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social’.”

Vale dizer, para concluir, que a legislação antitruste é mais um meio, um instrumento que detém o Estado para atuar na economia de forma a concretizar os objetivos da Carta Magna.

3.1.2 As Autoridades Antitruste

É de se destacar, preliminarmente, que a legislação nacional pretendeu¹⁷⁵ desvincular do Poder Judiciário a função de defesa da concorrência, como assim o fizeram, por exemplo, países como Japão, Coreia do Sul, Grécia, Índia, entre outros¹⁷⁶.

¹⁷³ Art. 1. Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo Primeiro. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

¹⁷⁴ FORGIONI, op. cit., p. 190/191

¹⁷⁵ Diz-se “pretendeu” porque as decisões do CADE, como atos administrativos que são, poderão sujeitar-se à intervenção judiciária; ponto que será devidamente esclarecido no quarto capítulo do presente estudo.

¹⁷⁶ Cf. RODAS; RODAS, op. cit., p. 89/98

Sobre a questão, Waldírio BULGARELLI¹⁷⁷ entende que “a legislação brasileira seguiu o modelo alienígena das várias legislações antitrustes, prescrevendo o controle de sua ação, cuja apuração será entregue a um órgão administrativo, apto a determinar a cessação da prática monopolística, chegando, até mesmo, à intervenção.”

Assim, como dito, a legislação antitruste nacional referendou a tripla partição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em órgãos administrativos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), cujas funções serão abaixo relacionadas; não se perquirirá a forma de composição, escolha e atuação (em processos administrativos ou judiciais) de quaisquer dos citados órgãos, valendo, para esta parte do estudo, apenas uma averiguação ampla da estrutura e objetivos daqueles.

3.1.2.1 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

O CADE foi originalmente criado pelo artigo 8º da Lei 4.137 de 1962¹⁷⁸ e reformulado pelo artigo 3º do atual regramento¹⁷⁹; constituindo-se em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça com função judicante e jurisdição nacional.

3.1.2.1.1 *Constituição*

Nos dizeres legais, o CADE é autarquia federal; ou seja, é serviço público descentralizado dotado de personalidade jurídica pública¹⁸⁰. Gesner OLIVEIRA e João

¹⁷⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 122

¹⁷⁸ Art. 8. É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.

¹⁷⁹ Art. 3. O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4. 137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nela lei.

¹⁸⁰ No mesmo sentido entende José CRETELLA JÚNIOR, quando diz que “a autarquia é o próprio Estado atuando mediante colaborador. Ao passo que o Estado tem capacidade genérica de Direito Público, a autarquia tem capacidade específica, ou seja, do quadro riquíssimo da capacidade que

GRANDINO RODAS¹⁸¹ dizem que o CADE é constituído “em ente administrativo autônomo, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições específicas.”

O eminente administrativista Marçal JUSTEN FILHO¹⁸² possui precisa definição:

...autarquia é uma pessoa jurídica de direito público (portanto, desnecessária a sua identidade subjetiva com a administração direta; titular patrimônio, direitos e deveres em nome próprio), instituída para desempenhar atividades administrativas sob o regime de direito público (exercendo competências que antes pertenciam à administração direta), criada por lei de determina o grau de sua autonomia em face da administração direta (necessariamente, assim, a autarquia é subordinada à administração direta).

Não obstante, o próprio CADE entende que não há subordinação à administração direta, tendo assim esclarecido em voto recente do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo¹⁸³:

..como deflui do artigo 3º da Lei da Concorrência, o CADE possui natureza jurídica autárquica, tendo sido criado com base na chamada descentralização administrativa. Este fenômeno pressupõe a criação de pessoa jurídica distinta da pessoa política que lhe dá origem. Por tal razão, pode-se dizer que o CADE possui autonomia administrativa e integra a administração indireta. Diante disto, não existe hierarquia entre o órgão da concorrência e a administração direta, mas uma relação que se pode dizer horizontal, delineada pela lei de criação da autarquia.

Pelo exposto, certo é que o CADE, constituído sob a forma de autarquia, é órgão administrativo descentralizado com atribuições definidas em lei, funcionalizado na forma abaixo relacionada.

dispõe, o Estado destaca determinada forma, que tira de si, ‘do centro’, descentraliza e a entrega ao ente autárquico. Autarquizar é descentralizar mediante a entrega de atividades típicas retiradas ‘do centro’ e entregues para as autarquias. A autarquia é, assim, um momento do processo dinâmico descentralizante do Estado.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei Antitruste**: (Lei nº 8.884 de 11.06.1994). Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16)

¹⁸¹ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 318/319

¹⁸² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 116/118

¹⁸³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE. Ato de Concentração n.º 08012.06062/2000-09, Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, julgado em 28 de novembro de 2001. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 de julho de 2009.

3.1.2.1.2 *Função judicante*

A legislação atribuiu ao CADE função judicante e com jurisdição em todo o território nacional; todavia, incluir referido órgão como judicante somente seria possível em uma acepção não jurídica.

Sobre a questão, Carlyle POPP e Edson Vieira ABDALA¹⁸⁴ esclarecem que “ao deixar claro que o CADE está vinculado ao Ministério da Justiça, integrante do Poder Executivo, torna-se evidente que dita autarquia não se constitui em órgão do Poder Judiciário, logo não possui função jurisdicional, ou seja, de dizer o direito.”

Nestes termos, deve haver respeito ao princípio da separação de poderes, constitucionalmente previsto; ora, o Poder Executivo não exerce função jurisdicional, nem tipicamente, nem atipicamente. Aliás, sequer as autarquias de maneira geral, ou o CADE especificamente, exercitam funções legislativas ou jurisdicionais.¹⁸⁵

José CRETELLA JÚNIOR¹⁸⁶ completa dizendo que:

...órgão judicante o CADE não é. Só quem confunde ‘administração’ com jurisdição poderá fazer semelhante afirmação, que aliás, contém a idéia aberrante da processualidade no Direito Administrativo. O atributo da ‘processualidade’ é estranho ao Direito Administrativo. Julgar é aplicar por provocação. Administrar é aplicar a lei ‘de ofício’. E, nunca, no Brasil, autarquias podem ser órgãos judicantes, detentores de jurisdição.

Daí que vem a calhar a lição de José Afonso da SILVA¹⁸⁷, quando entende por jurisdição “aquilo que o legislador constituinte incluiu na competência dos órgãos judiciários e como administração o que conferiu aos órgãos do Executivo.”

Vale dizer, assim, que o CADE não exerce jurisdição, já que não tem função judicante; mas sim exerce função administrativa. É importante a lição de Marçal JUSTEN FILHO¹⁸⁸:

¹⁸⁴ POPP, Carlyle; Edson Vieira, ABDALA. **Comentários à Nova Lei Antitruste**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2007, p. 41

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 117

¹⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 15

¹⁸⁷ SILVA, op. cit., p. 482

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 29

...a função administrativa compreende atividades de fornecimento de utilidades materiais de interesse público (coleta de lixo, por exemplo). Mas também abrange atuação de cunho jurídico, imaterial (regulamentação de poluição sonora, por exemplo). Como se não bastasse, compreende a decisão de litígios, inclusive entre particulares (disputas quanto à competição desleal, levada à apreciação do CADE).

Destarte, complementa¹⁸⁹:

...a função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos (conjunto de competências instituídas e definidas por meio do direito) destinadas a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob o regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.

Pelo exposto, sob qualquer ângulo que se analise a questão, é imperativo o entendimento de que o CADE, quer pela separação de poderes, quer porque exerce função administrativa, não tem função judicante; apesar dos entendimentos contrários.¹⁹⁰

3.1.2.1.3 Vinculação

A Lei Antitruste vincula o CADE ao Ministério da Justiça. Todavia, tal vinculação não autoriza a interposição de recurso hierárquico, por exemplo. O próprio artigo 50¹⁹¹ daquela lei desautoriza a revisão das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo.

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 30

¹⁹⁰ Para Ana Carolina Lopes de Carvalho, o Conselho exerce “função híbrida, tido como quase-judicial, parajudicial ou administrativa judicante – conceitos esses extremamente novos e que advêm da autonomia do Conselho em relação ao Poder Executivo e do fato de que o Poder Judiciário não pode mais ser considerado como único foro capaz de dirimir e solucionar conflitos.” (CARVALHO, Ana Carolina de. O Controle Judicial das Decisões do Cade. *In*: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (coord.). **Intervenção do Estado no Domínio Econômico**: temas atuais. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 53)

¹⁹¹ Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Destaque-se que cabe “ao próprio CADE a fiscalização de suas decisões, aspecto que se coaduna com sua autonomia, bem como evita a dependência desta autarquia com os outros órgãos do Estado.”¹⁹²

Sobre a impossibilidade do recurso, também esclarece José CRETELLA JÚNIOR¹⁹³ que:

...recurso administrativo impróprio ou recurso hierárquico impróprio é o nome técnico que se dá, no Direito Administrativo, ao reexame do ato administrativo por autoridade não hierarquicamente superior àquela que editou o ato. Nesse caso, a autoridade ad quem, não sendo superior hierárquico da autoridade a quo, responsável pelo ato administrativo editado, só pode proceder à necessária revisão caso haja texto de lei expresse, porque, repetimos, a tutela não se presume. É expressa. Não se trata, pois, de subordinação hierárquica entre duas autoridades, mas de subordinação cautelar...

No caso em comento, a lei, ao contrário de permitir a revisão, veda-a expressamente; assim, a vinculação legal do CADE ao Ministro da Justiça decorre unicamente “da necessidade legal de que todo órgão da Administração Federal, direta ou indireta, esteja sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente”¹⁹⁴, não implicando perda da autonomia nas decisões daquela autarquia.

3.1.2.1.4 *Formas de Atuação*

O CADE possui três funções básicas, atuando de forma preventiva, repressiva e educativa. Preventivamente, consoante determina o artigo 54¹⁹⁵ da Lei Antitruste, cabe ao CADE analisar os atos de concentração empresarial, já anteriormente conceituados, averiguando se não há prejuízo ou restrições à livre concorrência.

Não é qualquer ato de concentração de deve passar pelo crivo da autarquia, mas sim aqueles que acarretem domínio de 20% (vinte por cento) do mercado relevante ou em que qualquer dos envolvidos apresente faturamento bruto anual, no Brasil, superior

¹⁹² POPP; ABDALA, op. cit., p. 128

¹⁹³ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 24

¹⁹⁴ POPP; ABDALA, op. cit., p. 42

¹⁹⁵ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), conforme dicção do artigo 54, §3º¹⁹⁶ da Lei Antitruste e Súmula 1º do próprio CADE¹⁹⁷.

Necessária aqui uma pequena observação crítica: o valor do faturamento bruto, estipulado pela Medida Provisória n.º 1.620-34 de 12 de fevereiro de 1998, com redação alterada pela Lei 10.149 de 21 de dezembro de 2000, é o mesmo desde que foi instituído. Tal valor, se atualizado por índices oficiais¹⁹⁸, poderia ser duas ou três vezes superior para a data de julho de 2009. Conseqüência disso é que o CADE está atuando em atos de concentração que, guardadas as proporções, não deveriam submeter-se à análise autárquica.

Adiante, deve-se verificar que o CADE poderá atuar de forma repressiva para sobrepujar práticas que violem os princípios constitucionais fundadores da ordem econômica, aplicando as penas que se façam necessárias.

Melhor dizendo, o Conselho atuará de forma a reprimir a prática de condutas anticoncorrenciais, tais como a prática de cartéis, vendas casadas, preços predatórios, entre outras que afetem o mercado.

Por último, ao CADE ainda subsiste um papel educativo, esculpido no artigo 7º, inciso XVIII¹⁹⁹, atribuindo-lhe a importante função de instruir o público sobre as infrações da ordem econômica, especialmente mediante parcerias com institutos de pesquisa e universidades.

Aliás, semestralmente é possível a inscrição de estudantes, especialmente os de pós-graduação, em um programa de intercâmbio para atuação direta no gabinete de um

¹⁹⁶ Art. 54. (...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de 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).

¹⁹⁷ Súmula 1: Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3o, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

¹⁹⁸ A atualização do valor para julho de 2009, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, remonta em estimados R\$ 848.000.000,00 (oitocentos e quarenta e oito milhões de reais); caso a atualização se faça pelo Índice Geral de Preços ao Mercado - IGP-M, o valor chegaria a aproximados R\$ 1.105.000.000,00 (um bilhão, cento e cinco milhões de reais).

¹⁹⁹ Art. 7º. (...)

XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

conselheiro sorteado ou designado; também, é de se lembrar que existem convênios com estudantes de graduação, tais como o firmado com o Centro de Integração Empresa-Escola - CIEE.

3.1.2.2 A Secretaria de Direito Econômico - SDE

A Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, está organizada na forma do artigo 13²⁰⁰ e com as competências atribuídas pelo artigo 14²⁰¹, ambos da Lei Antitruste nacional.

²⁰⁰ Art. 13. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

²⁰¹ Art. 14. Compete à SDE:

- I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;
- II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;
- III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;
- IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;
- V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;
- VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;
- VII - recorrer de ofício ao Cade, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;
- VIII - remeter ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;
- IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao Cade, e fiscalizar o seu cumprimento;
- X - sugerir ao Cade condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;
- XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;
- XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade;
- XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;
- XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;
- XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

Resumidamente, caberá à Secretaria de Direito Econômico monitorar o mercado e “acompanhar o movimento e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante de mercado, com o objetivo de prevenir infrações da Ordem Econômica”²⁰², podendo realizar averiguações preliminares, requisitar informações aos agentes econômicos e instaurar processo administrativo; poderá ainda, atuar preventivamente e realizar compromissos de cessação, sendo esses obrigatoriamente e de ofício remetidos ao CADE para apreciação.

3.1.2.3 A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, tem como principal função emitir pareceres tanto em atos de concentração como em procedimentos administrativos relacionados às condutas que atraíam a aplicação do direito antitruste.

Ao contrário da Secretaria de Direito Econômico, a Secretaria de Acompanhamento Econômico não pode realizar compromissos de cessação ou mesmo instaurar procedimentos administrativos.

Atualmente, porém, pode-se dizer que boa parte das competências da SDE e SEAE não são estritamente afastadas, posto que em 2005 foi editada portaria²⁰³ conjunta com o objetivo de melhorar a eficiência de tais Secretarias, através de instrução conjunta para a análise de atos de concentração e análise conjunta de condutas anticompetitivas.

Sob esse prisma, há um esforço em sentido único de ambas as Secretarias no sentido de averiguar e instruir (com a emissão de pareceres) os processos para decisão definitiva do CADE.

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei.

²⁰² POPP; ABDALA, op. cit., p. 63

²⁰³ Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 33, de 4 de janeiro de 2006. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 de abril de 2008.

3.1.3 O Controle dos Atos de Concentração Empresarial

O artigo 20²⁰⁴ da Lei Antitruste nacional elucida quais são os atos que poderão ser reprovados em eventual análise pelas autoridades, ampliando a apreciação não somente aos próprios atos, mas também aos efeitos gerados.

Tais atos são exemplificados (desnecessariamente) nos artigos seguintes; aliás, os próprios incisos II, III e IV do artigo 20 são desnecessários, já que: ao dominar um determinado mercado relevante, o agente econômico estaria limitando a concorrência; ao aumentar arbitrariamente os lucros aqueles agentes acabarão por liminar ou falsear a concorrência e; quando há o efetivo exercício abusivo de posição dominante, há prejuízo tanto para a concorrência como à livre iniciativa.

Cumprido esclarecer que há expressa exceção no artigo 54²⁰⁵, permitindo a aprovação de atos ainda que contrários aos objetivos legislativos; quer-se dizer, assim, que o CADE poderá aprovar atos de concentração prejudiciais desde que presentes as condições estabelecidas no artigo retro mencionado.

²⁰⁴ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

²⁰⁵ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

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

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

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

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

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

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

Dessas condições, convém destacar a eficiência econômica, eleita como uma das causas autorizadas de atos de concentração que, em princípio, ofendem a legislação antitruste. Ora, desde que distribuídos os benefícios e que não se elimine a concorrência de forma substancial, a existência de eficiências econômicas justifica a aprovação de um ato de concentração; isso, porque:

...a eficiência econômica é o instrumento por meio da qual é realizado o princípio da livre concorrência. E um mercado fundado na liberdade de concorrência é uma meta que atende aos interesses dos cidadãos; não só dos empresários.

Em um mercado fundado na livre concorrência, todos os empresários são pressionados pelo risco de surgimento de um concorrente mais eficiente. Este concorrente mais eficiente seria aquele que viesse a oferecer ao mercado um produto equivalente por preço menor, ou um produto melhor pelo mesmo preço, ou ainda uma combinação das duas situações, com vantagem para o consumidor.²⁰⁶

No mais, é importante destacar que a legislação nacional não faz menção à forma do ato, sendo que “basta a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para comprovar a existência da prática vedada: simples troca de informações, cartas de intenção ou mesmo acordos de cavalheiros (*gentleman’s agreements*) podem caracterizar-se como atentatórios à ordem econômica, se acarretarem a incidência do art. 20.”²⁰⁷

Há, no caso brasileiro, a exigência de notificação do ato de concentração, podendo ser prévia ou *a posteriori*, na forma do parágrafo 4º²⁰⁸, do artigo 54, da legislação nacional.

Notificadas as autoridades do ato de concentração, caberá ao CADE a decisão final (ato administrativo de caráter irrecorrível) sobre a aprovação, reprovação ou aprovação com condições, após receber os pareceres das Secretarias.

²⁰⁶ TOKARS, Fábio. Os Dois Lados da Eficiência Econômica. **O Estado do Paraná - Caderno Direito e Justiça**, 11 de junho de 2009, Curitiba. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br>> Acesso em 25 de agosto de 2009.

²⁰⁷ FORGIONI, op. cit., p. 160

²⁰⁸ “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

(...)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.”

Forte no exposto, diz-se que a legislação brasileira caracteriza a ilicitude dos atos de concentração por seus efeitos e, ainda que esses sejam negativos, é possível a aprovação dos atos se demonstradas especialmente as eficiências geradas e a distribuição dos benefícios com os consumidores e com a sociedade de forma geral.

Da mesma forma, as autoridades necessariamente devem ser notificadas de atos, sob qualquer forma manifestados e desde que acima do limitador monetário, que possam trazer prejuízos ao sistema concorrencial.

A decisão final sobre a aprovação, reprovação ou aprovação com condições caberá à autoridade autárquica, o CADE, depois de ouvidas as Secretarias, sendo inadmitida qualquer forma de recurso, exceto ao Poder Judiciário, como melhor exposto nos tópicos subseqüentes.

3.2. ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, especialmente pelo abuso da figura do *trustee*²⁰⁹, foi promulgado o *Sherman Antitrust Act*, no ano de 1890. Tal regramento, logo na primeira seção²¹⁰, considerava ilegal todo contrato, combinação na forma de *trust* ou assemelhado, ou conspiração, que visasse restringir as trocas ou o comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras.

Contudo, desde que foi promulgado, o *Sherman Antitrust Act* “foi criticado pela generalidade do seu texto, o qual, ao não deixar claro o que era permitido ou proibido, provocava insegurança entre os agentes econômicos, além de concentrar poderes em excesso nas mãos de juízes e tribunais.”²¹¹

²⁰⁹ O *trustee* era o agente responsável pela administração centralizada de vários agente econômicos; aquele recebia o poder de gestão dos antes concorrentes de forma a gerar verdadeiro cartel, no intuito de diminuir a concorrência e, via de consequência, aumentar os lucros do novo grupo econômico formado. Para o completo estudo e evolução da figura do *trustee*, cf. SALOMAO NETO, Eduardo. **O Trust e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

²¹⁰ A Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

²¹¹ NUSDEO, op. cit., p. 79

Ainda, o texto original daquele ato considerava ilícitas as condutas apenas por existirem; vale dizer, eram ilegais *per se*, fato que deu bases à criação da “regra da razão”, que será melhor detalhada posteriormente.

Sequencialmente, é promulgado o *Clayton Antitrust Act*, de 1914 (mesmo ano em que foi criada a *Federal Trade Commission*), que trouxe em detalhes as condutas consideradas ilegais, sendo emendado pelo *Robinson-Patman Price Discrimination Act*, de 1936, e pelo *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, datado de 1976.

É com base nesses regramentos, assim como em *Guidelines* (ou orientações, linhas mestras) geralmente expedidos pela *Federal Trade Commission* ou pelo Departamento de Justiça que será apresentada a visão geral sobre o antitruste norte-americano.

3.2.1 Objetivos da Legislação Norte-Americana

Inicialmente, objetivava a legislação norte-americana a proteção dos pequenos empreendedores, de forma a incrementar o número de competidores no mercado em uma estrutura bastante pulverizada; via-se, assim, a concorrência como um fim em si mesmo.²¹²

Entretanto, “à medida que o bem estar do consumidor e da sociedade como um todo foram erigidos ao status de beneficiário principal da concorrência, entraram em conflito as prioridades para maximizar a proteção da pequena empresa e maximizar a proteção do consumidor.”²¹³

Confirmando a modificação de pensamento, Roberto Heron BORK²¹⁴ chega a dizer que o único objetivo que deve guiar a interpretação da legislação antitruste é o bem-estar dos consumidores, já que esse deriva da própria eficiência do mercado.

O fato, contudo, é que o direito é “fenômeno complexo, que não pode ficar enclausurado nos limites da economia”²¹⁵; ou seja, ainda que parte da doutrina

²¹² FORGIONI, op. cit., p. 170

²¹³ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 8

²¹⁴ BORK, op. cit., p. 405

²¹⁵ FORGIONI, op. cit., p. 180

considere que “proteger a concorrência e não os concorrentes tornou-se o dogma fundamental da política da concorrência [norte-americana] através dos anos”, o fato é que não há um bem jurídico único a ser tutelado.

Pormenorizando a questão, pode-se dizer que:

...a doutrina econômica e a política antitruste nos Estados Unidos de hoje refletem novas idéias, valorizando a eficiência, a competitividade das empresas, o desenvolvimento tecnológico, mesmo que às custas da concentração do mercado. Convivem, assim, com o conflito entre objetivos até certo ponto antagônicos, que somente pode ganhar uma resposta caso a caso, levando-se em conta os bens jurídicos predominantes em cada um deles.²¹⁶

Destarte, os objetivos da legislação norte-americana não podem ser definidos apenas pela leitura fria da legislação ou por fórmula econômicas, devem levar em consideração fatores outros que, como ocorre no Brasil, podem levar a insegurança jurídica.

3.2.2 As Autoridades Antitruste

Atuam, no sistema antitruste americano, duas grandes autoridades: a *Federal Trade Commission*, criada, como já dito, em 1914, e a divisão antitruste do Departamento de Justiça.

A *Federal Trade Commission* tem atribuições e pode atuar de forma bastante semelhante à autoridade antitruste nacional; ou seja, preventiva, repressiva ou educativamente.²¹⁷

Preventivamente, poderá fiscalizar e conduzir investigações sobre atos ou práticas desleais no mercado ou que afetem o mercado, assim como prescrever regulamentos para definir quais atos e práticas são desleais ou enganosos; via de consequência, também poderá estabelecer regulamentos destinados a prevenir aqueles atos ou práticas.

²¹⁶ NUSDEO, op. cit., p. 96-97

²¹⁷ FLYNN, John J.; FIRST, Harry; BUSH, Darren. **Antitrust**: statutes, treaties, regulations, guidelines and policies. New York: Foundation Press, 2001, p. 44-54

Repressivamente, a Comissão está autorizada a buscar judicialmente compensações monetárias para a prática de atos ou contratos que prejudiquem os consumidores e, educativamente, poderá elaborar relatórios e recomendações legislativas ao Congresso.

De outro lado, a divisão antitruste do Departamento de Justiça será competente para intervir na atuação da Comissão, assim como promover ações no âmbito civil e penal. Esmiuçando ambas as autoridades, Ana Maria de Oliveira NUSDEO²¹⁸ assim entende:

A divisão antitruste do Departamento de Justiça é um ramo da Administração Federal competente para iniciar ações em casos de violação do *Sherman Act* e do *Clayton Act*, tanto no âmbito civil como no penal, e, ainda, para intervir em procedimentos perante agências administrativas federais quando estiver em discussão matéria de política de concorrência ou monopólio.

A *Federal Trade Commission*, por sua vez, é uma agência reguladora independente, com competência, conjuntamente com o Departamento de Justiça, para aplicar o *Clayton Act* e, ainda, a lei que dispôs sobre sua criação, que inclui a genérica Seção 5, atribuindo competência à Comissão para coibir métodos de concorrência desleal, que, em suma, lhe autoriza a lidar com práticas lesivas capituladas no *Sherman Act*.

Pelo visto, pode-se perceber que ambas as autoridades têm a função primordial de zelar pelo cumprimento tanto do *Sherman Antitrust Act* como do *Clayton Antitrust Act*, podendo ser constatado verdadeiro conflito de competências, o que pode gerar a ineficiência do controle concorrencial.

Todavia, lembra a doutrina²¹⁹ que:

...embora a superposição de competências possa gerar algumas ineficiências, a opinião da maior parte dos especialistas é no sentido de que a existência de dois órgãos, um deles vinculado ao Executivo e outro uma agência independente, permite que o sistema como um todo resista às pressões políticas e econômicas que poderiam impedi-los de perseguir a defesa do interesse público em matéria de concorrência.

Vê-se, no exposto, que são semelhantes as formas de distribuição de competências entre os sistemas norte-americano e brasileiro, no sentido de que há um agente descentralizado, não obstante o fato de o CADE exercer no sistema nacional

²¹⁸ NUSDEO, op. cit., p. 85

²¹⁹ Idem.

função “judicante”²²⁰, fato que diferencia significativamente a sua forma de atuação, como será visto no próximo item.

3.2.3 O Controle dos Atos de Concentração Empresarial

É o *Clayton Antitrust Act*, com as emendas já mencionadas, que regula a forma de controle dos atos de concentrações empresarial nos Estados Unidos, proibindo, regra geral, a aquisição de ações ou ativos entre agentes econômicos que possam reduzir substancialmente a concorrência ou que tenda a criação de um monopólio.²²¹

Fundadas nessa premissa, as autoridades, notificadas previamente sobre determinado ato de concentração²²², podem promover uma detalhada investigação, mas não podem, ao contrário do sistema nacional, aprovar ou reprová-los.

Quer-se dizer, fundado nessa constatação, que competirá ao Poder Judiciário aprovar ou reprová-los um determinado ato de concentração, mediante provocação daquelas autoridades ou mesmo de terceiros prejudicados; ou seja, “o sistema antitruste norte-americano é basicamente judicial, vale dizer, compete ao Poder Judiciário formular as linhas principais da política antitruste do país.”²²³

Mesmo que sem a competência para aprovar ou reprová-los atos de concentração, as autoridades antitruste norte-americanas acabam, de fato ou não-oficialmente, a ser verdadeira etapa administrativa para a aprovação de uma certa prática, já que se não atendidas as suas exigências, certamente serão réus os concentracionistas em uma

²²⁰ O termo *judicante* está entre aspas porque, apesar da expressa dicção legal, deve-se ressaltar a crítica já feita no tópico 3.1.2.1.2.

²²¹ FLYNN; FIRST; BUSH, op. cit., p. 19

²²² O sistema de notificação prévia é razoavelmente novo, já que foi inserido na *Clayton Antitrust Act* (Seção 7-A) através da emenda *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976. Como no Brasil, somente atrairá a atenção das autoridades antitruste (e, portanto, deverá obrigatoriamente ser notificado) o negócio de monta considerável; no caso norte-americano, envolvendo agentes econômicos com vendas anuais ou total de ativos superiores a US\$ 10.000.000,00 adquiridos por outros com vendas anuais ou total de ativos superiores a US 100.000.000,00; da mesma forma, interessarão às autoridades os negócios em que houver transferências de 15% ou mais das ações com direito de voto ou ativos equivalente ao valor mínimo de US 15.000.000,00 (cf. FLYNN; FIRST; BUSH, op. cit., p. 21)

²²³ NUSDEO, op. cit., p. 84

demanda judicial com alto grau de sucesso, o que aumentaria o risco da realização ou mesmo inviabilizaria o próprio negócio.

Nesse sentido, completa Ana Maria de Oliveira NUSDEO que:

...a exigência de notificação prévia criou um foro de análise e discussão das operações de concentração, as quais em grande parte acabam por não ir ao Judiciário, submetendo-se a negociações entre as partes e o órgão administrativo quando esse impõe as exigências que entende necessárias para que a operação possa ser aprovada. Entrando em acordo as partes e o órgão, diz-se estar desobstruída (*cleared*) a operação, podendo-se contar com uma possibilidade muito remota de que um dos órgãos federais venha a pedir sua desconstituição em juízo. Não havendo acordo, as partes normalmente desistem, pois o risco de perda em juízo é grande.

Pode-se concluir que após a emenda de 1976 e a obrigatoriedade da notificação prévia de determinados atos de concentração, o sistema norte-americano ficou próximo ao brasileiro, já que criou uma etapa administrativa e uma possível etapa judicial, respeitada as diferenças quanto à atuação do Poder Judiciário em um e outro país.

Assim, em síntese conclusiva, cumpre dizer que o direito antitruste norte-americano assemelha-se ao nacional em muitos aspectos, tais como as necessárias notificações às autoridades antitruste, ou mesmo a instauração (ainda que no sistema norte-americano seja artificial) de uma fase administrativa e outra judicial.

Igualmente, como se viu, ambos os sistemas sofrem com a indefinição legal dos bens tutelados pela legislação, o que pode causar certa insegurança jurídica e, conseqüentemente, prejudicar a concorrência como um todo.

3.3 UNIÃO EUROPÉIA

A União Européia, vista sob o viés da integração dos países europeus, foi pensada pela primeira vez no ano de 1924, em Viena, com a aprovação do manifesto pan-europeu, “onde os Estados europeus se comprometiam a fazer todos os esforços para criar uma aliança duradoura entre eles, porém sem bases definidas.”²²⁴

²²⁴ ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul & União Européia: estrutura jurídico-institucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 45

Contudo, a crise econômica nos anos de 1929 a 1932, assim como a II Grande Guerra, de 1939 a 1945, acabaram por forçar os países europeus a abandonar aquela idéia de integração e solidariedade, fazendo com que esses ideais retornassem apenas em 9 de maio de 1950, “no salão *Quai d’Orsay*, em Paris, onde o então ministro das Relações Exteriores francês Robert Schuman torna pública uma declaração que continha um plano preparado por Jean Monet, cujo objetivo consistia em pôr em comum o controle dos recursos da França e da Alemanha nos domínios do carvão e do aço”²²⁵; a intenção inicial deu origem ao Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço de 1951.

Posteriormente, em Roma, foram assinados dois tratados distintos, um visando a integração econômica, cujo objetivo era “a criação de uma política econômica comum que permitisse uma expansão contínua, uma estabilidade crescente e um aumento acelerado do nível de vida”²²⁶, e outro no intuito de promover uma integração no ramo da energia atômica.

Ambos os tratados assinados foram revisados através do Ato Único Europeu, em 1986, sendo que os atuais termos da União Européia remontam a fevereiro de 1992, data em que foi assinado o Tratado de Maastricht, cujo foco era a integração dos Estados-membros em quatro liberdades básicas: livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais; ainda, é de se destacar que o retro mencionado tratado foi revisado e alterado pelos Tratado de Amsterdã, em 1997, e Tratado de Nice, assinado em 26 de fevereiro de 2001.²²⁷

É certo que os países membros possuem ou podem possuir suas próprias regras em relação ao direito antitruste, porém, o estudo basear-se-á no princípio da primazia do direito comunitário, referendado pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo, em 1964, quando do julgamento do caso envolvendo *Flaminio Costa e Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (COSTA/ENEL)*.

²²⁵ ACCIOLY, op. cit., p. 46

²²⁶ Idem.

²²⁷ Para a completa referência histórica, cf. http://europa.eu/index_pt.htm

Nesse julgado, explica João Mota de CAMPOS²²⁸, entendeu o Tribunal que:

...diversamente do que sucede com os tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria, integrado na ordem jurídica dos Estados-membros e que se impõe às suas jurisdições; com efeito, ao instituir uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de atribuições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de uma capacidade de representação internacional e, mais precisamente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade; estes limitaram, embora em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de direito aplicável aos seus súbditos e a eles próprios...

É nesse sentido de leciona Mário PEREIRA NETO²²⁹, quando destaca duas importantes lições oriundas do estudo das decisões da Corte de Justiça de Luxemburgo:

...em primeiro lugar, reconheceu [aquela Corte] que todos os países-membros transferiram de forma definitiva, para as Comunidades Europeias por eles mesmos criadas, certos direitos até então soberanos; depois disto, estes referidos Estados não poderiam desistir repentinamente desta importante limitação, fazendo prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com a noção de Comunidade.

Em segundo lugar, existe um princípio fundamental estabelecido nos Tratados de Paris e de Roma, pelo qual ‘um dos Estados-membros não pode prejudicar um particularidade que tem o direito comunitário de se fazer valer uniforme e completamente no conjunto do território comunitário’.

Portanto, tal direito comunitário, criado por força dos poderes previstos nos Tratados, tem total primado sobre qualquer eventual norma jurídica de direito nacional ao mesmo tempo contrária, prevalecendo não só sobre o direito nacional anterior, mas também sobre o direito posterior à norma.

Nesse contexto, aplicar-se-ão as regras da União Europeia quando houver afetação da comunidade ou de mais de um de seus Estados-membros; não existindo referida afetação, aplicam-se as regras de direito antitruste do Estado-membro envolvido.

Corroborando essa afirmativa, diz a doutrina²³⁰ que “é um traço característico do Direito Europeu sua limitação aos assuntos de interesse da Comunidade, sobretudo na área econômica. Não havendo prejuízo ou efeitos transfronteiriços, as práticas deverão ser reguladas pelos ordenamentos nacionais dos países envolvidos.”

²²⁸ CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Curitiba, Juruá, 2006, p. 290

²²⁹ PEREIRA NETO, Mário. **Direito, Política, Economia das Comunidades Europeias**. São Paulo: Aduanerias, 1994, p. 83-84

²³⁰ NUSDEO, op. cit., p. 101

Parte-se, então, da premissa de que a presente reflexão cingir-se-á exclusivamente na verificação das normas antitruste da União Européia, de forma geral e aplicável aos Estados-membros, não sendo o foco analisar eventuais conflitos (ou métodos de solução de conflitos) entre Estados-membros ou entre Estados-membros e a entidade supranacional; ou seja, quando um determinado ato de concentração gerar efeitos apenas em um Estado-membro da União Européia, será aplicada a legislação antitruste daquele, já quando aquele ato trazer efeitos para mais de um Estado-membro, atrairá as normas do direito comunitário.²³¹⁻²³²

3.3.1 Objetivos da Legislação Antitruste Comunitária

Ao contrário da legislação norte-americana, as regras de direito comunitário têm um foco bem definido, especialmente pelo artigo 2 do Tratado da Comunidade Européia, que prescreve uma concorrência instrumental, descrita como um meio para a obtenção do fim maior perseguido pela própria União²³³, qual seja, de “promoção do progresso econômico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável.”²³⁴

É por isso que a doutrina inclina-se em prescrever que “a política de concorrência comunitária deve ser vista, não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento efectivo da Comissão para assegurar a realização dos objectivos estabelecidos pelo tratado.”²³⁵

²³¹ É com esse entendimento que diz Elizabeth ACCIOLY que “a União Européia só intervirá se e na medida em que os Estados não puderem realizar a ação em causa de modo suficiente, ou se de acordo com a sua dimensão ou seus efeitos puder ser realizado melhor a nível comunitário.” (ACCIOLY, op. cit., p. 53)

²³² Especialmente sobre as regras antitruste, diz João Mota de CAMPOS que “a aplicação do direito comunitário é de excluir em relação às práticas restritivas da concorrência - seja qual for a nacionalidade da empresa ou empresas que a elas se entreguem - cujos efeitos se manifestem exclusivamente fora do espaço comunitário. Em contrapartida, as regras comunitárias da concorrência são aplicáveis às empresas de terceiros Estados sempre que as suas actividades anticoncorrenciais se repercutam no território da Comunidade. O efeito territorial das práticas anticoncorrenciais funciona, pois, como critério de aplicação do direito comunitário.” (CAMPOS, op. cit., p. 439)

²³³ FORGIONI, op. cit., p. 182

²³⁴ Texto retirado do artigo 2 do Tratado da União Européia.

²³⁵ MATHIJSEN, P. S. F. R. **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 325

Há, porém, um certo conflito entre as regras estabelecidas, já que para o fortalecimento da concorrência internacional, necessariamente haveria de crescer o grau de concentração entre os agentes econômicos, o que acaba por enfraquecer a concorrência interna (voltada exclusivamente para um determinado Estado-membro) em prol da externa ou comunitária.

Dito de outra maneira, tem-se que a integração dos mercados acaba por gerar um nível de concentração que pode não ser aceito no seio de um Estado-membro, mas que pode ser tolerado ou autorizado quando integrado no meio comunitário; ou seja, a ampliação do mercado relevante geográfico (de nacional para supranacional) pode acarretar a diluição do nível de concentração e gerar, conseqüentemente, a aprovação ou autorização para um ato que acabe por restringir ou diminuir a concorrência localmente.

Regra geral, concluindo o ponto, o direito concorrencial europeu (da União Européia) tem objetivos maiores, além da proteção da própria concorrência e do mercado, aos moldes, quiçá, do sistema brasileiro.

3.3.2 As Autoridades Antitruste

A doutrina ensina que a União Européia “é composta de cinco órgãos principais: Parlamento Europeu, Conselho da União Européia, Comissão Européia, Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas; além de órgãos financeiros, consultivos e inter-institucionais, e de agências descentralizadas.”²³⁶

Assim sendo, para o estudo, importam apenas as averiguações das competências da Comissão e do Tribunal, já que são essas as entidades responsáveis pela fiscalização e a aplicação das normas de direito concorrencial comunitário, consoante expressa previsão no artigo 202 do Tratado da Comunidade Européia.²³⁷

²³⁶ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 398

²³⁷ “Tendo em vista garantir a realização dos objectivos enunciados no presente Tratado e nas condições nele previstas, o Conselho: - assegura a coordenação das políticas económicas gerais dos Estados-Membros, - dispõe de poder de decisão, - atribui à Comissão, nos actos que adopta, as competências de execução das normas que estabelece. O Conselho pode submeter o exercício dessas competências a certas regras.

Ensina Ana Maria de Oliveira NUSDEO²³⁸ que:

...a Comissão é órgão executivo da Comunidade, sendo encarregada da supervisão da aplicação dos tratados, podendo tomar medidas contra as violações levadas a efeito pelos Estados-membros e por particulares.

...[a Comissão] é responsável pela aplicação da legislação comunitária, além de exercer certas funções no processo legislativo - tendo a iniciativa de normas a serem promulgadas pelo Conselho - e, ainda, pela emissão de regulamentos e diretivas por delegação do Conselho.

Esmiuçando as competências e poderes da Comissão, diz João Mota de CAMPOS²³⁹ que ela:

...assegura, em larga medida, a aplicação dos Tratados e a execução dos actos normativos adoptados no quadro comunitário, para o que lhe foram conferidos largos poderes autónomos de decisão e execução; mesmo quando caiba ao Conselho o poder de decidir, como em princípio sucede no âmbito da CE e CEEA, a Comissão dispõe de um fundamental poder de iniciativa; dispõe ainda a Comissão de importantes poderes de controlo no âmbito de sua missão de ‘guardiã’ dos Tratados; exerce também relevantes poderes de administração e gestão; participa activamente na elaboração e execução da política externa das Comunidades e bem assim na aplicação das disposições relativas à cooperação no domínio da Justiça e dos Assuntos Internos, nos termos previstos no Tratado da União Européia.

Ao Tribunal, por outro lado, compete apreciar os recursos dos Estados-membros contra decisões da Comissão, como consta no artigo 227²⁴⁰ do Tratado, e analisar questões formuladas pelas Cortes nacionais, como autoriza o artigo 234²⁴¹ do mesmo Tratado; vale dizer, aquele Tribunal pode atuar em jurisdição contenciosa (análise de recursos) e voluntária (consultiva).

O Conselho pode igualmente reservar-se, em casos específicos, ao direito de exercer directamente competências de execução. As regras acima referidas devem corresponder aos princípios e normas que o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após parecer do Parlamento Europeu, tenha estabelecido previamente.” (versão portuguesa)

²³⁸ NUSDEO, op. cit., p. 105/106

²³⁹ CAMPOS, op. cit., p. 82

²⁴⁰ “Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado. Antes de qualquer Estado-Membro propor uma acção contra outro Estado-Membro, com fundamento em pretenso incumprimento das obrigações que a este incumbem por força do presente Tratado, deve submeter o assunto à apreciação da Comissão.” (versão portuguesa)

²⁴¹ “O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, sobre:

- a) A interpretação do presente Tratado;
- b) A validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade e pelo BCE;
- c) A interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.” (versão portuguesa)

Novamente, calha trazer à colação os ensinamentos de João Mota de CAMPOS²⁴², quando destaca a forma de atuação do Tribunal:

...como jurisdição constitucional tem contribuído em larga medida para a manutenção de um salutar equilíbrio no plano institucional - designadamente no tocante às relações Conselho-Comissão-Parlamento Europeu - e, regra geral, para o integral respeito das regras dos Tratados de Paris e de Roma, encarados como ‘Constituição da Comunidade’ em relação à qual se deve aferir da validade dos actos das Instituições Comunitárias; como Tribunal Administrativo tem podido impor às Instituições Comunitárias o rigoroso respeito pela legalidade comunitária; como instância por vezes assimilável a um Tribunal Administrativo tem conseguido obrigar Estados-membros, nas relações entre si e de cada um com a Comunidade, à escrupulosa observância das obrigações que para todos resultaram dos Tratados Comunitários que antes de mais são instrumentos do Direito Internacional convencional; como Tribunal Cível julga da responsabilidade extracontratual das Comunidades, emergentes das actuações dos seus órgãos e agentes; como Tribunal do Trabalho cumpre-lhe decidir em litígios de carácter laboral que oponham as Comunidades aos seus funcionários e agentes; como jurisdição responsável pela interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário tem logrado - através dos princípios que elaborou e do seu ‘diálogo’ com os tribunais nacionais no quadro da colaboração instituída pelo art. 234 do CE - assegurar satisfatoriamente a unidade, coerência e eficácia do ‘corpus juris’ que a ordem jurídica comunitária constitui. (destacou-se)

Destarte, à semelhança de outros ordenamentos, a União Europeia possui um órgão encarregado e com atuação nas áreas preventivas, repressivas e educativas, à luz de outros sistemas; contudo, as suas decisões podem ser revistas por uma superior instância, no caso, o Tribunal de Justiça.

3.3.3 O Controle dos Atos de Concentração Empresarial

São os artigos 81²⁴³ e 82²⁴⁴ do Tratado da Comunidade Europeia, e o Regulamento de Fusões da Comunidade Europeia (*EC Mergers Regulation*) que amparam e prescrevem os comportamentos que, em tese, são contrários os objetivos comunitários.

²⁴² CAMPOS, op. cit., p. 151

²⁴³ “São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum...” (versão portuguesa)

²⁴⁴ “É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.” (versão portuguesa)

A doutrina pátria esclarece os artigos supra citados para dizer que:

...em princípio, acordos e práticas concertadas entre empresas, que fixem preços ou repartam os mercados ente si, são proibidos, assim como também abusos de poder por parte de empresa detentora de posição dominante. Porém, em certas circunstâncias, a Comissão pode autorizar práticas que normalmente não são permitidas.²⁴⁵

De uma forma geral, é proibido o abuso de uma posição dominante, conceituado quando um agente econômico “tiver suficiente poderio econômico para agir independentemente de clientes e concorrentes em uma extensão significativa”²⁴⁶, e a prática de atos que visem evitar, restringir ou distorcer a concorrência em extensão significativa.

Há um limitador monetário, como nos sistemas norte-americano e brasileiro, à aplicação das regras concorrenciais comunitárias, definido pelo artigo 2 do Regulamento do Conselho 4.064/989, que, nas palavras de Ana Maria de Oliveira NUSDEO, fixou que:

...a) o faturamento combinado do total das atividades mundiais das empresas envolvidas seja superior a EU\$ 5 bilhões; e b) o faturamento agregado do total das atividades na Comunidade de cada uma, entre pelo menos duas, das empresas participantes da operação seja superior a UCE \$ 250 milhões. Além disso, é necessário que pelo menos uma das empresas envolvidas obtenha dois-terços de seu faturamento em mais de um Estado-membro.

Todas essas operações, consoante artigo 4²⁴⁷ daquele mesmo regulamento, devem ser obrigatoriamente notificadas à autoridade no prazo de uma semana e, caso seja reconhecida a sua competência para análise da questão, serão exclusivamente aplicadas as regras comunitárias, não sendo possível a aplicação da legislação nacional.

²⁴⁵ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 400

²⁴⁶ LIMA, José op. cit., p. 22

²⁴⁷ As operações de concentração de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou a publicação da oferta de compra ou de troca ou a aquisição de uma participação de controlo. Esse prazo começa a contar a partir da data em que ocorra o primeiro desses acontecimentos. (versão portuguesa)

Convém lembrar que, após a notificação, a Comissão poderá autorizar ou proibir o ato de concentração, cabendo recurso da decisão para o Tribunal, como anteriormente destacado.

Assim, pela breve exposição, pode-se observar que o direito concorrencial comunitário, na mesma forma do direito norte-americano e do brasileiro, prescreve uma fase de notificação (prévia ou *a posteriori*) do ato de concentração que será analisado por uma autoridade externa; e em todos, feliz ou infelizmente, há uma fase recursal para o Poder Judiciário.

3.4. QUADRO RESUMO

Considerando o intuito comparativo do estudo neste tópico, é didaticamente recomendável a instituição de um quadro resumo geral, abarcando-se os sistemas estudados.

Assim, destaca-se que em todos os sistemas há uma autoridade específica responsável pela fiscalização e aplicação das normas concorrenciais, normalmente atuando de forma preventiva, repressiva e educativa.

As legislações são as mais variadas, mas em todos os sistemas há um Guia Central que determina a forma com que os atos de concentração serão analisados; os objetivos, igualmente, variam entre a proteção do mercado e ambições mais humanísticas, como a promoção de uma sociedade justa, fundada na dignidade da pessoa humana.

Por último, em todos os sistemas faz-se necessária a notificação, seja prévia ou *a posteriori*, existindo níveis de concentração que atraem a atenção das autoridades, fundados na definição de um mercado relevante geográfico e material, como sequencialmente observado.

	BRASIL	EUA	UNIÃO EUROPÉIA
INSTITUIÇÕES	Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Secretaria de Direito Econômico - SDE e Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE	<i>Federal Trade Commission e Department of Justice</i>	Comissão Europeia e Tribunal de Justiça
LEGISLAÇÃO/GUIAS	Lei 8.884/94. Guia: Guia Prático do CADE	<i>Sherman Antitrust Act, Clayton Antitrust Act com a emendas do Robinson-Patman Price Discrimination Act e Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act. Guia: Mergers Guidelines</i>	Tratado da União Europeia, Tratado da Comunidade Europeia. Guia: <i>EC Mergers Regulation</i>
OBJETIVOS	Defesa da concorrência (meio) para promoção da dignidade (fim)	Defesa da Concorrência e da eficiência do mercado	Instrumento de promoção dos objetivos da própria União Europeia
NOTIFICAÇÃO	Prévia e <i>a posteriori</i> (15 dias)	Prévia	Prévia ou <i>a posteriori</i> (uma semana)
LIMITADOR	Um dos envolvidos com faturamento bruto anual de R\$ 400.000.000,00 no Brasil ou resultar o ato resultar dominação de 20% do mercado relevante	Envolvidos com ativos de US\$ 100.000.000,00 e US\$ 10.000.000,00; ou envolver 50% das ações com direito de voto	o faturamento das empresas envolvidas superior a EU\$ 5 bilhões; o faturamento agregado do total das atividades na Comunidade de cada uma (mínimo duas) das participantes seja superior a UCE \$ 250 milhões; menos uma das empresas envolvidas obtenha dois-terços de seu faturamento em mais de um Estado-membro.
MERCADO RELEVANTE	Material e Geográfico definido com base do teste monopolista hipotético, elasticidade cruzada; há dominação quando participação > 20%	Material e Geográfico definido com base do teste monopolista hipotético (aumento rentável de 5%);	Material e Geográfico definido com base do teste monopolista hipotético; há dominação quando participação > 40%

4 INEFICIÊNCIAS DO ANTITRUSTE NACIONAL

Compete ao capítulo final do estudo, após vistas e conceituadas as premissas basilares do direito antitruste nacional, a verificação da eficiência sócio-econômica e efetiva aplicação daquele.

Para tanto, serão analisadas as relações das autoridades antitruste com o Poder Judiciário, assim como relembrados conceitos já trabalhados, tais como o de mercado relevante geográfico e do produto.

4.1 O PODER JUDICIÁRIO

Como visto em capítulos anteriores, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma autarquia; assim o sendo, seus atos e decisões equiparam-se a atos administrativos. A análise sobre a ingerência do Poder Judiciário sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, portanto, demanda que se classifiquem aqueles atos, posto que com base nesta observar-se-á a possibilidade ou não do controle judicial, assim como seus limites e fundamentos.

Neste sentido, ponto fundamental é considerar tais atos como vinculados ou discricionários; isto, porque lembra Maria Sylvia Zanella DI PIETRO²⁴⁸ que:

...com relação aos atos vinculados, não existe restrição [ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce], pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Justamente por este motivo é que sequencialmente serão trabalhados os conceitos de atos vinculados e discricionários, conforme segue.

²⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 209

4.1.1 Conceituação de Ato Vinculado

A doutrina nacional, na pessoa do ex-presidente da autarquia antitruste, relata que “são vinculados, os atos em que a Administração, frente a um quadro concreto, não possui liberdade de escolha, por encontrar-se de antemão tipificado um só comportamento.”²⁴⁹

Diz-se, assim, que ato vinculado é aquele em que a lei prediz um determinado comportamento, não existindo margem à subjetividade do administrador. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira DE MELLO²⁵⁰, “a administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os seus aspectos o comportamento a ser adotado.”

No caso do direito antitruste, é a lei que vincula a tomada da decisão, não cabendo à autoridade administrativa optar por uma ou outra que lhe pareça subjetivamente mais favorável; não há espaço, por conseguinte, ao juízo de oportunidade e conveniência.

É brilhante a lição do eminente Hely Lopes MEIRELLES²⁵¹ quando assim resume a questão:

...atos vinculados ou regradados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela normal legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-o passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Conclui-se, face ao exposto, que são vinculados os atos administrativos cujos requisitos são previamente descritos pela norma jurídica, abstraindo-se a vontade do administrador ou da autoridade, não dependendo de uma análise quanto ao juízo de conveniência e oportunidade.

²⁴⁹ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 325

²⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 380

²⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168

4.1.2 Conceituação de Ato Discricionário

Na via contrária dos atos vinculados, os atos discricionários são aqueles em que há certa margem de liberdade para a administração optar, através de um juízo de conveniência e oportunidade, sobre qual decisão tomar. A doutrina descreve referidos atos, classificando-os como aqueles que “a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.”²⁵²

Na lição de Celso Antônio Bandeira DE MELLO²⁵³, nos atos discricionários “a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar.”

Certo, então, que nos atos discricionários “há campo para escolha, o que acarreta à administração certa margem de discricionariade decisória, conforme parâmetros de conveniência e de oportunidade.”²⁵⁴

Nessa esteira, pode-se utilizar para o estudo um conceito de ato discricionário como sendo aquele em que há margem para interpretação do administrador, podendo o mesmo optar entre o que lhe pareça melhor atender o interesse público, segundo parâmetros de conveniência e oportunidade.

4.1.3 Aplicação dos Conceitos às Decisões do CADE

Expostas as razões preliminares, é de se indagar em qual conceito se encontram as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, posto que deveras importante para averiguar os limites do controle judicial das mesmas.

Parte da doutrina²⁵⁵ assevera que “o entendimento assente é o de que as decisões do CADE, tanto em relação a atos de concentração, como a procedimentos

²⁵² Idem.

²⁵³ MELLO, op. cit., p. 380

²⁵⁴ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 325

administrativos, são emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados.”

Todavia, atribuir para todo e qualquer ato decisório da autarquia o título de vinculado não parece, com base nos ensinamentos anteriormente colacionados, a melhor solução ao caso.

Isso, porque referida autarquia, quando decide sobre a viabilidade ou não de um ato de concentração, certamente não o faz fulcrado em premissas subjetivas; ou seja, não averigua se é oportuno e conveniente que se autorize aquele ato. Se assim o fosse, estaria maculado o próprio Estado Democrático de Direito, já que toda fusão entre grandes agente econômicos, por exemplo, estaria fadada ao controle discricionário daquele Conselho, o que sequer se cogita, posto que estar-se-ia transferindo à autoridade antitruste, em verdade, todo o controle e direção da economia nacional.

Melhor seria dizer que as decisões das autoridades antitruste, como regra geral, são vinculadas ao regramento da lei 8.884/94; portanto, sendo regradas como são, descabe a subjetividade inerente ao ato discricionário, sendo que isso importa dizer que os atos administrativos, neste caso, são vinculados.

De outra banda, há sim atos administrativos emanados da autoridade antitruste que podem ser classificados como atos discricionários, já que a própria Lei Antitruste assim os classifica. Como exemplo, deve-se citar o artigo 53²⁵⁶, que cuida do compromisso de cessação da prática lesiva impugnada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Neste caso, para a realização do compromisso de cessação não basta o simples requerimento da parte interessada (ou que já sofreu intervenção), posto que a lei é clara ao prescrever que cabe ao Conselho, por juízo de conveniência e oportunidade, e desde que seja do interesse da sociedade (especialmente dos consumidores afetados) a realização daquele compromisso.

²⁵⁵ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 324

²⁵⁶ Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Não há, destarte, direito subjetivo da parte (empresário) na realização do compromisso de cessação, não há obrigação da autarquia em firmá-lo; por óbvio, entretanto, que a negativa deve ser justificada e a sua falta pode conduzir à intervenção judicial.

4.1.4 O Controle Judicial das Decisões do CADE

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV²⁵⁷, expõe que a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito; sendo assim, “conclui-se que todos têm a garantia estabelecida da própria Constituição da República do acesso à justiça, buscando a tutela jurisdicional de seus direitos, de forma preventiva ou reparatória.”²⁵⁸

É sabido que referido princípio constitucional abrange outros de mesma hierarquia, porém, para o estudo basta saber que quando há referência à garantia de acesso ao judiciário, esta garantia advém e se entrelaça com os demais princípios, consagrando o *due process of law*.

Destarte, as decisões da autarquia, tanto as discricionárias como as vinculadas, podem sofrer controle judicial e estão vinculadas ao princípio anteriormente citado, variando apenas em relação ao seu limite (ilimitado para atos vinculados e limitado à legalidade para atos discricionários).

4.1.4.1 O CADE e a Jurisprudência Nacional: Aspectos Preliminares

Inicialmente, deve-se avaliar a jurisprudência nacional para averiguar como é visto o Conselho pelo Poder Judiciário, para, somente após, apresentar-se algumas decisões que refletem esse panorama inicial.

²⁵⁷ Art. 5. (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁵⁸ GERAIGE NETO, Zaiden. **O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**. São Paulo: RT, 2003, p. 27

Como aspecto preliminar, traz-se o julgado²⁵⁹ abaixo que muito bem esclareceu o princípio do acesso ao judiciário e o seu papel, assim como a forma de atuação do CADE e do Ministério Público; além de outros aspectos:

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS. "CEGONHEIROS". INDÍCIOS DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E FORMAÇÃO DE CARTÉIS.

(...)

5. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

(...)

Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas, consubstancia-se na repressão ao abuso do poder econômico consistente em medidas estatais que positivam impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas.

(...)

10. Sob esse ângulo, é cediço que a possibilidade jurídica do pedido afere-se não pela previsão do mesmo no ordenamento, mas pela vedação do que se pretende via tutela jurisdicional, por isso que, em tema de direito processual, máxime quanto ao acesso à justiça, vige o princípio da liberdade, sendo lícito pleitear-se o que não é vedado.

11. Deveras, a efetividade da prestação jurisdicional implica em resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*. *In casu*, o Tribunal impôs uma prestação específica independentemente das multas, por isso que cada uma das medidas vem prevista em leis federais distintas a saber: a que veda as práticas abusivas econômicas (lei 8.884/94) e 7.437/85 (lei da ação civil pública).

(...)

Explica-se a inovação legislativa pelas modificações sofridas pela economia brasileira, com a sua recente abertura para o capital estrangeiro, em virtude da globalização que impera no mundo inteiro.

A fim de evitar situações de dumping ou outras manobras ilegais, a ação civil pública tem a necessária dimensão, densidade e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país.

(...)

16. Inexiste violação ao princípio do não *bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 677.585/RS. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005. Disponível em <www.stjj.gov.br> Acesso em 15 de novembro de 2008.

e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes .

(...)

18. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da lei 8.884/94. (destacou-se)

É importante a análise do julgado acima para que se possam traçar as linhas mestras do relacionamento entre Poder Judiciário e CADE. Fato, então, que jamais escapará dos olhos do judiciário, é a exaltação do princípio da inafastabilidade deste em relação à lesão ou ameaça de lesão a direito. Como esclareceu o Senhor Ministro Relator, o judiciário atuará independente de qualquer outra entidade administrativa, refira-se isto ao Conselho ou a qualquer das Secretarias (SDE e SEAE).

É de se repisar que se entendeu que não há ingerência do Ministério Público quando propõe ação civil pública na defesa de interesses econômicos, independente de existir atuação das autoridades antitruste; ou seja, expressamente consignou-se a separação entre as esferas civil, penal e administrativa. Vale dizer: não há, segundo esta decisão, *bis in idem* quando ambas as esferas, civil e administrativa, atuam sobre o mesmo fato, impondo-lhes sanções legais.

Como segundo ponto, outro julgado do Superior Tribunal de Justiça²⁶⁰ aponta um norte para a função do CADE e a natureza jurídica de suas decisões:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 8.884/94. DECISÃO PLENÁRIA DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.

1. "A nova lei antitruste, no art. 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial à decisão do CADE.

(...)

A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um 'órgão judicante'.

Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 590.960/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 21/03/2005. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 15 de novembro de 2008.

similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa." (João Bosco Leopoldino da Fonseca. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 312/313)

2. Na forma do art. 65 da Lei 8.884/94, qualquer ação que vise à desconstituição da decisão plenária do CADE, não suspenderá a sua execução, ainda que referente às multas diárias, sem que haja a garantia do juízo.

3. O Plenário do E. STF indeferiu medida cautelar na ADIn 1094-8/DF, na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros, do art. 65 da Lei 8.884/94, concluindo pela improcedência de alegação de lesão à garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

4. O art. 60 da Lei 8.884/94 dispõe inequivocamente que as decisões plenárias do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial. (destacou-se)

O julgado colacionado traz fundamentais considerações sobre a autoridade máxima da concorrência nacional. Dentre elas, de suma importância destacar que o Poder Judiciário reconheceu que as decisões do Conselho são atos administrativos, possuindo também natureza jurisdicional, posto que reconhece o ente como um órgão judicante (apesar das críticas já feitas).

Reconheceu o Superior Tribunal de Justiça que a autarquia é órgão especializado e que a matéria cuja análise lhe compete é de extrema complexidade, exigindo conhecimentos específicos.

Ainda, apontou que devem ser respeitadas as decisões proferidas pela autoridade antitruste e, caso exista efetivamente a necessidade de pleitear a sua desconstituição, é de se exigir caução, conforme muito bem esclarece o artigo 65²⁶¹ da Lei 8.884/94.

Aliás, a prestação de caução (ou a inexistência de caução) é um dos pontos em que mais diverge a jurisprudência nacional, tendo em vista que as decisões suspendem os efeitos das condenações impostas pelo Conselho sem ao menos exigir o depósito judicial do débito discutido ou qualquer outra forma de garantia judicial.

Destarte, como forma de sistematização do conflito existente entre o judiciário, o Conselho e outras entidades, apresentar-se-ão as principais questões controvertidas,

²⁶¹ Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

especialmente (mas não exclusivamente) no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde desembocam a grande maioria de ações envolvendo as autoridades antitruste.

4.1.4.2 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

O Tribunal agora analisado, pelo fato da sede da autarquia antitruste estar inserida no âmbito de sua competência, é o que recebe o maior número de demandas versando sobre direito concorrencial; assim, é de se esperar que também seja onde residem as maiores controvérsias.

Dentre os principais julgamentos, destacam-se a resolução do pretense conflito de competência entre o Conselho e o Banco Central do Brasil - BACEN, o prazo de apresentação para análise autárquica dos atos de concentração, as anulações ou desconstituições de multas, a necessidade de garantia do juízo nessas ações e a obrigação em firmar termo de compromisso de cessação.

4.1.4.2.1 *O conflito de competência entre o CADE e o BACEN*

Motivo de insegurança para as instituições financeiras que atuam ou pretendam atuar no mercado nacional, a controvérsia acerca da competência para analisar atos de concentração envolvendo aquelas ainda gera discussão entre as entidades envolvidas e no próprio Poder Judiciário.

A questão é complexa e versa sobre a aplicação das Leis 4.595/64 e 8.884/94; aquela diz no artigo 10²⁶² que compete ao Banco Central do Brasil autorizar a

²⁶² Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(...)

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

- a) funcionar no País;
- b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
- c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
- d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;
- e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;
- f) alterar seus estatutos.
- g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

(...)

instalação e funcionamento de instituições financeiras, assim como autorizar a alteração de estatutos, alienação ou transferência de controle acionário, transformações, fusões, incorporações, entre outros atos de concentração; essa, por outro lado, nos artigos 7, XII²⁶³ e 15²⁶⁴, diz que compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica apreciar atos de concentração, sob qualquer forma manifestados, de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Para o Conselho, a questão está pacificada, como bem ressalta o conselheiro Celso Campilongo em voto de vista em determinado ato de concentração²⁶⁵:

Pedi vista para firmar minha convicção a respeito de dois pontos: (i) o CADE tem competência para apreciar concentrações que envolvam instituições financeiras?; (ii) o Parecer da Advocacia Geral da União, aprovado por Sua Excelência, o Presidente da República, nos termos do artigo 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93 – que fixa interpretação para dirimir suposto “conflito positivo de competências” entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – vincula também ao CADE?

(...)

...a competência do BACEN para autorização das instituições financeiras “a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (artigo 10, inciso X, letra “c”, da Lei 4.595/64), não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no artigo 54 da Lei 8.884/94, posteriormente à aprovação pelo BACEN, sendo que a primeira forma de controle (exercida pelo BACEN) se dá com base em aspectos específicos do setor financeiro, e a segunda forma de controle (exercida pelo CADE) se dá sob o prisma da defesa da concorrência.

Quando se fala, em que pese a imprecisão do termo, em “risco sistêmico”, a ser evitado pela atividade regulatória do BACEN, o que se tem em mente, com certeza, é o risco no sistema financeiro. O policentrismo do Estado contemporâneo e a policontextualidade do direito moderno – expressões recorrentes entre os juristas que lidam com a temática da “sociedade de riscos” – não são compatíveis com a idéia de que possa haver, na política e na normatividade hodiernas, um Olimpo capaz de servir de vértice gerenciador de todos os riscos da sociedade. Por isso, o “risco sistêmico”, no plano das atividades do BACEN, só se refere ao sistema financeiro. É preciso ter em mente um sistema normativo constituído por uma pluralidade

§ 1º No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo (Vetado) incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público.

²⁶³ Art. 7.º Compete ao Plenário do Cade:

(...)

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

²⁶⁴ Art. 15. Esta lei 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.

²⁶⁵ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09, Rel. Hebe Romano, julgado em 28 de novembro de 2001. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 de janeiro de 2009.

de ordenamentos setoriais e, nesse contexto, identificar o âmbito do BACEN. No seu campo, apenas o Banco Central, e ninguém mais – excetuadas as condições de direção política e a observância dos pressupostos legais e constitucionais – em competência para opinar. Isso não significa, porém, controle de estruturas e condutas tendentes a reforçar o respeito às regras do jogo concorrencial.

Quanto aos riscos concorrenciais (não de contaminação do sistema financeiro, mas de prejuízos à livre concorrência, aos consumidores e à coletividade), e, especialmente, quanto à aplicação da Lei nº 8.884/94, a competência, como se verá, é do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Não se cogita, por isso, de nenhum conflito de competências, mas sim de identificação de precisos e distintos âmbitos de validade normativa e de construção técnico-dogmática (sistema financeiro e direito concorrencial) e diferentes planos de operacionalização jurídica da ordem econômica (regulação prudencial e adjudicação concorrencial). Daí não se identificar nenhum eventual conflito de competências entre o BACEN e o CADE.

(...)

Desta forma, um comportamento de determinada instituição financeira censurado pelas normas prudenciais pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei nº 8.884/94. A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste.

Em suma, comportamentos reprimidos no âmbito financeiro podem ou não ensejar a reprimenda no campo concorrencial. Bem assim, um ato perfeitamente legal à luz das normas prudenciais pode, agora sob o enfoque do direito da concorrência, ser censurado pelo CADE em nome da defesa da ordem econômica. (destacou-se)

Contudo, não há unanimidade no Poder Judiciário. No julgamento de outro ato de concentração²⁶⁶, o Conselho autorizou sem restrições o pleito das instituições financeiras, contudo, aplicou multa de R\$ 127.692,00 (cento e vinte e sete mil, seiscentos e noventa e dois reais) devido à intempestividade na apresentação.

Foram opostos embargos declaratórios, no sentido de que é ilegal a imposição da multa, já que haveria incompetência da autarquia concorrencial para tanto; rejeitados os embargos, por maioria, foi mantida a imposição da multa mencionada²⁶⁷.

A questão, então, foi parar na 14ª Vara Federal do Distrito Federal²⁶⁸, já que a havia dissenso quanto ao ponto no próprio Conselho; lá o juízo deferiu medida liminar para suspender os efeitos da decisão daquele e ao final julgou procedente a ação para

²⁶⁶ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n.º 08012.002381/2001-23, Rel. Fernando de Oliveira Marques, julgado em 29/05/2002. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 23 de janeiro de 2009.

²⁶⁷ Idem. No julgamento dos Embargos Declaratórios, “o Tribunal, por maioria, conheceu dos Embargos, dando-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Relator. Vencido o Presidente João Grandino Rodas que entende que o Parecer AGU nº 01/2001 vincula toda a administração pública, considerando o CADE como incompetente para análise de operações entre instituições financeiras.”

²⁶⁸ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Cível. Mandado de Segurança n.º 2002.34.00.033475-0, Juiz Roberto Luis Luchi Demo, em 17/07/2003. Disponível em <trf1.gov.br> Acesso em 18 de janeiro de 2009.

“desconstituir o ato do Presidente do CADE consistente em determinar a submissão da operação de compra do (...) pelo (...) a julgamento por esse órgão”²⁶⁹ e, como conseqüência, anular a multa anteriormente imposta.

Houve recurso de apelação da autarquia vencida ao Tribunal, dando esse provimento ao pleito em julgamento não unânime, como se observa na seguinte ementa²⁷⁰:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS CONFERIDAS AO BACEN E AO CADE, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS 4.595/64 E 8.884/94, QUE HÃO DE SER EXERCIDAS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE NO PARECER DA AGU, QUE SUBMETA O CADE A LHE DAR FIEL OBSERVÂNCIA NO QUE CONCERNE, ESPECIFICAMENTE, AO CONTEÚDO DE SEUS JULGAMENTOS E À SUA COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI ANTITRUSTE.

1. Exclusivamente, os preceitos inscritos na Lei 4.595/64, que tratam do Sistema Financeiro Nacional, foram recepcionados pela atual Constituição da República com o status de lei complementar (art. 192, CF). As normas do citado diploma legislativo que cuidam de matéria concorrencial têm natureza de lei ordinária, pois o art. 173, § 4º, da Carta Política é desprovido de referência à lei complementar.

2. A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração.

3. A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico.

4. Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos - no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos -, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2002.34.00.033475-0, Rel. (p/ acórdão) Des.Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ p.70 de 05/10/2007. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 18 de janeiro de 2009.

5. Apelação do CADE e remessa oficial, tida por interposta, providas. (destacou-se)

Como dito, a relatora original restou vencida, julgando improcedente a apelação interposta pelos seguintes fundamentos:

A Lei 4.595/64 é especial porque diz respeito a setor particular das relações econômicas, inclusive os atos de controle de atos de concentração bancária. Já a Lei antitruste estabelece a disciplina dos atos de controle das empresas de uma forma geral.

O art. 10 da Lei 4.595/64 dispõe que a competência do BACEN é privativa, valendo dizer que resta excluída a competência de outra agência. Logo, inexistente conflito ou é aparente o conflito de competência no caso *sub examem* porquanto, segundo norma especial, compete ao BACEN com exclusividade coibir o abuso do poder econômico no âmbito das instituições financeiras (Lei 4.595/64, art. 10, “c” e “g” e art. 18, § 2º).

É fato que o art. 54 da Lei antitruste não tem previsão de exceção à competência do CADE, mas tal exceção não necessita ser expressa, eis que a existência de lei especial dispondo regra específica para o controle dos atos de concentração de instituições financeiras significa que um segmento específico do mercado foi objeto de disciplina legislativa diferenciada.

Infrações à ordem econômica praticadas por agentes do sistema financeiro não ficam impunes ou não deveriam ficar, posto que o art. 18, § 2º da Lei 4.595/64 prevê sanções para os casos de abuso ou violação à livre concorrência. A norma do art. 44 arrola as penalidades que podem ser aplicadas pelo BACEN quando da ocorrência de condutas lesivas, segundo § 2º, b, do mesmo art. 44.

Ao fim e ao cabo, nota-se que o BACEN atua como agência reguladora ao mesmo tempo que congrega a atividade da defesa da concorrência. Tal modelo teve inspiração no direito americano da década de 30 segundo o qual a decisão sobre fusões aquisições, etc. é do Federal Reserve System.

Demonstrada a aplicação exclusiva da Lei 4.595/64 ao setor bancário no tema da concorrência, **tem-se que é ilegal, não inconstitucional**, a decisão do CADE que determinou que a operação da aquisição do controle do (...) pelo (...) fosse notificada aos órgãos de defesa da concorrência. O ato impugnado não viola o art. 192 da Constituição porque as normas sobre a concorrência na Lei bancária não foram recepcionadas como lei complementar. (grifos no original)

Inconformadas com o julgamento, as instituições financeiras apresentaram recursos especial e extraordinário, ambos com exame de admissibilidade positivo; referidos recursos, remetidos em julho de 2008 primeiramente ao Superior Tribunal de Justiça²⁷¹, ainda aguardam julgamento definitivo.

Todavia, a Ministra Relatora já esboçou o que pode ser uma inversão do entendimento anteriormente mencionado, em notório prejuízo à atuação do Conselho, já que consta que “após o voto da Senhora Ministra Relatora dando provimento ao

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1094218/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, aguardando julgamento. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 28 de setembro de 2009.

recurso especial, para conceder a segurança, pediu vista o Senhor Ministro Castro Meira.”²⁷²

Para resumir o até agora narrado, deve-se entender que apesar de pacífico na autarquia concorrencial o entendimento de que ela deve avaliar os atos de concentração que envolvam instituições financeiras, o Poder Judiciário, ao que parece, seguirá em sentido contrário.

Nesse sentido, há verdadeiro conflito entre a autarquia da concorrência e o Poder Judiciário, atuando esse como instância de homologação das decisões daquela; a consequência é clara e será melhor tratada sequencialmente, advertindo-se desde já a existência de crise de jurisdição e o aumento dos custos de transação, especialmente para as instituições financeiras atuantes no mercado relevante geográfico nacional.

4.1.4.2.2 *Compromisso de cessação*

O compromisso de cessação, previsto no já citado artigo 53 da legislação antitruste, advém, como se infere na descrição legal, de um juízo de conveniência e oportunidade; portanto, é ato discricionário do Conselho²⁷³.

Contudo, o Poder Judiciário por vezes prescreve a obrigação do Conselho em firmar referido termo, independente da ínsita discricionariedade, mesmo para casos julgados após a edição da Lei 11.482/2007, que alterou e regulamentou o citado artigo²⁷⁴⁻²⁷⁵.

²⁷² Idem. Informação disponível no acompanhamento processual.

²⁷³ Cf. Item “4.2.” supra.

²⁷⁴ Na redação original do artigo 53 da Lei Antitruste, tanto o CADE como a SDE poderiam firmar o compromisso e este não valia para determinadas práticas, como, por exemplo, a formação de cartel. Atualmente, como visto, somente o CADE pode formalizar o compromisso e este pode ser feito para qualquer prática, independente da gravidade.

²⁷⁵ Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE ad referendum do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
 b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;
 c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

Os julgados abaixo, cronologicamente ementados, conduzem a duas soluções diametralmente opostas; o Tribunal, ao que parece, vinha entendendo que há obrigação em firmar o termo se houver requerimento da parte e se forem preenchidas as prescrições legais, nos termos do seguinte precedente²⁷⁶:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA COM O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. DIREITO DO REPRESENTADO. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO E DA REMESSA OFICIAL.

1. Atendidas as exigências legais, constitui direito da empresa representada celebrar compromisso de cessação de prática sob investigação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em qualquer fase do processo administrativo (artigo 53 da Lei n. 8.884/94).

2. Improvimento da apelação e da remessa oficial. (destacou-se)

Poucos meses depois, reconheceu-se a discricionariedade do ato e que, conseqüentemente, não há obrigação do Conselho em firmar referido termo²⁷⁷:

PROCESSUAL CIVIL – CADE – NÃO CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA ("TCC") - JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE (ART. 53 DA LEI N. 8.884/94) -- ATO DISCRICIONÁRIO.

1. Há previsão expressa no art. 53 da Lei n. 8.884/94 de que a celebração do termo de "compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos" faz parte do âmbito de discricionariedade da Administração, pois vinculada a "juízo de conveniência e oportunidade" do CADE.

2. Tratando-se, portanto, de ato administrativo discricionário, não há falar em "direito subjetivo" dos agravantes à celebração do termo de compromisso. Havendo, no caso, recusa justificada por parte do CADE, não há falar em irregularidade na conduta do Conselho.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei.

²⁷⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n.º 2002.34.00.007525-4/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ p.81 de 24/09/2007. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 20 de março de 2009.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2007.01.00.059730-8/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p.179, de 19/05/2008. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 20 de março de 2009.

3. Agravo de instrumento não provido.
4. Peças liberadas pelo Relator, em 28/04/2008, para publicação do acórdão. (destacou-se)

Na mesma linha, outro julgado entendeu que é faculdade da autarquia concorrencial firmar o compromisso de cessação com os agentes econômicos investigados, não obrigação, como demonstra o seguinte aresto²⁷⁸:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - SANÇÕES IMPOSTAS PELO "CADE" - LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR - "FUMUS BONI IURIS" AUSENTE - PRESUNÇÕES EM PROL DO ATO ADMINISTRATIVO - SEGUIMENTO NEGADO - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. As sanções aplicadas pelo CADE ao agravante por abuso do poder econômico (cartelização), medidas previstas em lei (art. 7º da Lei n. 8.884/94), são, porque oriundas de processo administrativo, que se presume legal e veraz, legítimas, não se podendo, por liminar, afastá-las, pois tal consubstanciaria flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, salvo evidências concretas e unívocas aqui não vislumbradas: ausente, assim, o fumus boni iuris. Tampouco há falar em "periculum in mora" se o suposto dano advém de ato omissivo dos próprios agravantes.

2. O Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCCP) não é direito dos agravantes - que não negam a prática dos atos tidos por reprováveis - mas faculdade do CADE, de acordo com o art. 53 da Lei n. 8.884/94.

3. Agravo interno não provido.
4. Peças liberadas pelo Relator, em 01/07/2008, para publicação do acórdão. (destacou-se)

Por último, quando parecia tranqüila a jurisprudência no tema em debate, o Tribunal voltou a reconhecer que é direito da parte firmar compromisso de cessação, como se demonstra no seguinte julgado²⁷⁹:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). REPRESENTAÇÃO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. POSTOS DE COMBUSTÍVEIS. COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA (ART. 53, DA LEI N. 8.884/1994). DIREITO DO REPRESENTADO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESPROVIMENTO.

1. De acordo com o art. 53 da Lei n. 8.884/1994, com a redação anterior à vigência da Lei n. 10.149/2000, que o alterou, constitui direito do representado em processo administrativo, objetivando a apuração de prática de infração à ordem econômica, a celebração de termo de compromisso de cessação da prática, que só poderá ser negado ao interessado se não houver concordância com as cláusulas do aludido termo, previstas em lei,

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo Interno no Agravo de Instrumento n.º 2002.01.00.041196-0/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.280, de 22/08/2008. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 21 de março de 2009.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Embargos Infringentes em Apelação Cível n.º 2002.34.00.039067-2/DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Seção, e-DJF1 p.19, de 08/06/2009. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 19 de março de 2009.

não podendo a Administração criar obstáculos ao exercício do direito, não amparados na legislação que rege a matéria.

2. Embargos infringentes desprovidos. (destacou-se)

Independente da alteração do artigo 53 da Lei Antitruste promovida pela citada lei nova, o fato é que sempre coube ao Conselho (e na lei anterior também à Secretaria de Direito Econômico) a análise da viabilidade ou não de realizar o compromisso de cessação, já que ambas as legislações sempre rezaram que “poderá” a autarquia antitruste realizar referido compromisso.

Referida locução denomina inevitavelmente apenas uma expectativa de direito, uma expectativa do agente econômico investigado em realizar o compromisso de cessação; nunca um direito líquido, certo e exigível.

Sendo assim, pode-se perceber que a jurisprudência interfere indevida e diretamente em atos administrativos claramente discricionários, negando a pretensa autonomia legal da autoridade concorrencial.

4.1.4.2.3 *Multas*

Neste tópico, será vista a forma de atuação do judiciário no caso de imposição de multas pela autarquia antitruste. Poderá ser visto que ainda que oriunda de processo administrativo regular, sem qualquer violação ao princípio da legalidade, houve intromissão do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo.

Destacam-se dois posicionamento contrários; o primeiro privilegia a autarquia concorrencial, como pode ser visto²⁸⁰:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - SANÇÕES IMPOSTAS PELO "CADE" - MULTA POR VIOLAÇÃO AO CODECON - REDUÇÃO DE QUANTIDADE DE PRODUTO SEM ADEQUADA INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR - PRESUNÇÕES EM PROL DO ATO ADMINISTRATIVO - AUSENTES REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC - SEGUIMENTO NEGADO AO AGRAVO - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A aplicação pelo CADE de sanções após a constatação de prática de atos contrários à livre concorrência é medida prevista no art. 7º, II, da Lei n. 8.884/94: "Compete ao Plenário do

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo Interno em Agravo de Instrumento n.º 2008.01.00.047465-1/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.152 de 24/04/2009. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 19 de março de 2009.

CADE (...) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei".

2. Sendo as sanções aplicadas legítimas, porque oriundas de regular processo administrativo (onde exercitados à exaustão o contraditório e a ampla defesa), que se presume legal e veraz, não se pode, pela via da cognição sumária, afastá-las, pois tal consubstanciaria flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, salvo evidências concretas e unívocas aqui não vislumbradas: ausente, assim, a verossimilhança da alegação.

3. Agravo interno não provido.

4 - Peças liberadas pelo Relator em 19/01/2009 para publicação do acórdão. (destacou-se)

E no mesmo sentido²⁸¹:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ECONÔMICO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA IMPOSTA COM BASE NA LEGISLAÇÃO DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO ÀS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. DECISÃO DO PLENÁRIO DO CADE. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ARTIGO 60 DA LEI 8.884/94. DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA OU PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. EXIGÊNCIA PREVISTA NO ART. 65 DA LEI Nº 8.884/94. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL REJEITADOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Os atos administrativos pressupõem, em sua confecção, a estrita observância aos preceitos legais.

2. A imposição de multa pelo CADE, como ato administrativo, contém a presunção de legalidade e legitimidade, bem como, quando emanada de decisão do plenário cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 60 da Lei nº 8.884/94.

3. Estando prevista em Lei a formação do título executivo em razão da decisão do plenário, não é necessária sua inscrição em dívida ativa para que possa incidir o disposto no artigo 65 do mesmo diploma legal.

4. A pretensão de discussão judicial da regularidade e cabimento da penalidade, por imposição do artigo 65, da Lei nº 8.884/94, deve, para suspender a exigibilidade da multa imposta, ser acompanhada do depósito do valor da penalidade imposta.

5. "O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange às multas diárias" (art. 65 da Lei 8.884/94).

6. Agravo de instrumento provido. (destacou-se)

Já no segundo entendimento, inclusive mais recente, apegou-se o Poder Judiciário aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em detrimento presunção de legalidade dos atos administrativos. Cita-se o seguinte julgado²⁸²:

²⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo Interno em Agravo de Instrumento n.º 2002.01.00.036108-9/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ p.234 de 23/05/2003. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 19 de março de 2009.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL DE DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. RECURSO PREJUDICADO ANTE A PERDA DE SEU OBJETO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE. COMUNICAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. LEI N. 8.884/94, ART. 54, § 4º. TEMPESTIVIDADE. MULTA. ANULAÇÃO.

1. O ato de concentração que originou a multa foi aprovado sem restrições pelo CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, após regular comunicação realizada pela empresa interessada.

2. Fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade aprovar sem restrições o aludido ato e, no entanto, impor multa de 120.000 (cento e vinte mil) UFIRs, por suposto atraso na comunicação do ato, em razão de previsão expressa no negócio de condição suspensiva e a inexistência da produção de reflexos prejudiciais à livre concorrência.

3. O prazo de quinze dias úteis estabelecido no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94 para comunicação do ato de concentração ao CADE somente é exigido quando o negócio está pronto e acabado, o que não é o caso dos autos, uma vez que o contrato previa como condição suspensiva a prévia aprovação pela ANEEL, BNDES e elaboração de celebração do Contrato de Cobrança, Depósito e Outras avenças, razão pela qual é descabida a multa aplicada.

4. Restam prejudicados os agravos regimentais interpostos em face de decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal e o pedido do depósito integral do valor da multa ante o julgamento levado a efeito.

5. Apelação provida. (destacou-se)

A jurisprudência mencionada, conclui-se, é maleável quanto aos pedidos de suspensão das multas impostas, autorizando a desconstituição dessas pela interpretação de princípios amplos e que podem dar margens a interpretações dúbias.

Da mesma forma, viola-se o basilar princípio da legalidade ao desconstituir-se um ato administrativo que respeitou os ditames legais, especialmente quanto à forma e conteúdo.

4.1.4.2.4 *Cooperativas*

No campo da atuação da autoridade antitruste sobre cooperativas, há importantes conflitos entre as várias decisões judiciais; apesar de o discurso ser semelhante no Tribunal agora analisado, o ponto sofre divergências em outros Tribunais.

²⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível em Mandado de Segunraça n.º 2001.34.00.008633-0/DF, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Oitava Turma, e-DJF1 p.520 de 29/02/2008. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 19 de março de 2009.

Para esclarecer a matéria, visando posteriormente a contraposição com outras decisões, é importante destacar o seguinte acórdão²⁸³:

DIREITO DA CONCORRÊNCIA. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. UNIMED-CAMPINAS. EXCLUSIVIDADE DOS COOPERADOS. DOMÍNIO DE MERCADO REVELANTE. INEXISTÊNCIA DE DUPLA PENALIDADE PELO MESMO FATOS. COMPETÊNCIA DO CADE.

1. A impetrante reincide na prática abusiva e invoca a tese da infração continuada, mas tal não ocorre porque houve mais de uma autuação. A impetrante não se adequou seus estatutos à lei da concorrência.

2. A exclusividade na prestação de serviços, pretendida por cooperativa médica, sem embargo de apoio e do estímulo devidos ao cooperativismo e a outras formas de associativismo, além de atentar contra as garantias fundamentais de uma ordem econômica, financeira e social, baseada nos princípios da livre concorrência e da proteção à saúde, e voltadas para bem estar e justiça sociais (CF, artigos 170, IV, 193 E 196), encontra óbice no art. 18, III, da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.

3. Ainda que se admita que a Lei 5.764/71 admita a imposição de cláusulas de exclusividade aos profissionais das cooperativas médicas, como essa lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.884/94, não há dúvida de que deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados na nova ordem constitucional, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).

4. A cláusula de exclusividade viola o art. 18, III, da Lei 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

5. O CADE tem competência para impor sanção a ação relativa a fato que tenha gerado dano para os serviços de saúde nas regiões em que a (...) ocupa posição dominante, conforme ditames da Lei nº 8.884/94.

6. Apelação improvida. (destacou-se)

No julgado acima, bom enfatizar-se que entendeu o Tribunal que é aplicável a legislação antitruste às cooperativas de trabalho, sendo competente o Conselho para aplicar sanções oriundas de abuso de posição dominantes.

Partindo da constatação inicial de que é aplicável o regramento concorrencial às cooperativas de trabalho, deve ser analisada a possibilidade de instituição de uma cláusula de exclusividade; assim julgou a questão o Tribunal²⁸⁴:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. NECESSIDADE.

²⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n.º 2004.34.00.013295-0/DF, Rel. Desembargador Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.267, de 06/06/2008. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 20 de março de 2009.

²⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2002.01.00.002752-0/DF, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Segunda Turma, DJ p.11, de 17/10/2003. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 19 de março de 2009.

SEGURANÇA DO JUÍZO. SUSPENÇÃO. EXECUÇÃO. COOPERATIVA MÉDICA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ILEGALIDADE.

(...)

2. Mesmo que se possa entender que a Lei 5.764/71 admite a imposição de cláusula de exclusividade aos profissionais das cooperativas médicas, como essa lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei 8.884/94, não restam dúvidas de que deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados pela nova ordem constitucional, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).

3. A cláusula de exclusividade afronta o art. 18, III, da Lei 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

4. Dá-se provimento ao agravo de instrumento. (destacou-se)

Resumidamente, então, entendeu o Tribunal que mesmo havendo expressa previsão legal autorizadora da cláusula de exclusividade na lei de regrou o regime das cooperativas, tal disposição não se sobrepõe à atual legislação antitruste; aliás, consignou que aplica-se ao caso o artigo 18, III, da Lei 9.656/98²⁸⁵ (proibindo-se qualquer cláusula de exclusividade), mesmo sendo a Lei das Cooperativas especial em relação a essa última, que dispõe sobre planos de saúde e seguros privados.

Por último, o mesmo Tribunal agora analisado entende que é impossível o estabelecimento de cláusula de exclusividade em pequenos centros urbanos, já que essa depende da averiguação do mercado relevante geográfico, ou seja, tem que passar pelo crivo da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade do meio em que é empregada; cita-se²⁸⁶:

²⁸⁵ Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:

I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos;

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 2000.34.00.025257-6/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJ p.84, de 17/08/2007. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 19 de março de 2009.

DIREITO ECONÔMICO. PLANO DE SAÚDE. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ADMISSIBILIDADE RELATIVA. PEQUENOS CENTROS URBANOS. DOMÍNIO DE MERCADO. LIBERDADE DE ESCOLHA DO CIDADÃO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. A produção de outras provas nos autos é despicienda, por tratar-se o feito de matéria de direito, especificamente quanto à legalidade da decisão tomada pelo CADE na análise do caso concreto, sendo insubsistentes as razões de agravo retido.

2. A cláusula de fidelidade existente nos contratos firmados entre os profissionais médicos vinculados a cooperativas de trabalho tem sua legalidade, razoabilidade e proporcionalidade condicionadas aos elementos que compõem o meio em que o serviço é prestado.

3. A pequena quantidade de médicos de cada especialidade em cidade interiorana, com poucos habitantes, torna desproporcional a cláusula de exclusividade dos planos de saúde, em face da baixa quantidade de habitantes no Município. A restrição ao exercício profissional, nesses casos, foge do razoável, caracteriza domínio de mercado e configura-se ofensiva à ordem econômica.

4. Precedente deste Tribunal: AMS 2000.34.00.007656-9/DF, Relator Desembargador Federal FAGUNDES DE DEUS, Quinta Turma, unânime, DJ 16/10/2003, p. 54.

5. No caso dos pequenos centros urbanos, tal exigência é ofensiva não somente à ordem econômica, mas também ao direito individual dos cidadãos da região atingida, que se vêem privados de sua liberdade de opção médica, condicionando seu exercício de escolha à adesão ao plano de saúde em que se concentram a maioria dos profissionais, em afronta ao estatuído no art. 5º, II, da Constituição Federal.

6. Agravo retido e apelação a que se nega provimento. (destacou-se)

Pelo exposto, o Tribunal investigado entende majoritariamente que aplica-se às cooperativas de trabalho o regramento concorrencial vigente e que é proibida a cláusula de exclusividade, seja porque aplicável lei posterior, seja porque há violação a legalidade, razoabilidade e proporcionalidade quando estipulada em pequenos centros urbanos.

4.1.4.3 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

No Tribunal agora visto, foram julgadas pouquíssimas questões envolvendo a autarquia concorrencial; delas, merece destaque apenas a assim ementada²⁸⁷:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVALIDAÇÃO DE PARTE DE DELIBERAÇÃO DO CADE (CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO). AGRAVO RETIDO. APELAÇÕES DO CADE, DO TERCEIRO PREJUDICADO E DO SINDICATO.

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n.º 2004.45.00.1011423-4, Rel. Desembargador Federal Rogério Carvalho, Sexta Turma, em 03/10/2007. Disponível em <www.trf2.gov.br> Acesso em 15 de março de 2009.

1. Não se afigura cabível Agravo Retido interposto pelo CADE contra a antecipação de tutela deferida na sentença. Princípio da unirrecorribilidade. Precedentes do E. STJ.
2. Considerando-se os princípios da instrumentalidade do processo e da celeridade processual, não se deve acolher preliminar de nulidade, quando possível o julgamento de mérito em favor de quem aproveita a nulidade.
3. Superada preliminar de nulidade do processado ante a ausência da participação do litisconsorte passivo necessário.
4. Legitimidade ativa “ad causam” do Sindicato para propositura de ação civil pública na defesa do pleno emprego.
5. Não foi a decisão, impugnada na demanda, que garantiu a possibilidade de venda de ativos imateriais da Chocolates Garoto S.A desvinculada da alienação dos ativos materiais, **porquanto derivada da própria autonomia da vontade e da livre iniciativa, reconhecidas pela ordem jurídica brasileira.**
6. Nessa consonância, a parte da decisão do CADE não ofendeu a garantia do pleno emprego. Improcedência do pedido. (destacou-se)

Discutia-se, neste caso e no que interessa, a anulação parcial da decisão do Conselho que ordenou a desconstituição do ato de concentração praticado por duas gigantes na produção de chocolates²⁸⁸.

Versa a questão principal sobre um pretense conflito entre princípios constitucionais, merecendo transcrição os seguintes trechos do voto do Senhor Relator²⁸⁹:

...em relação ao CADE, a resposta é singela: a autarquia não poderia, nem mesmo em tese, impedir a prática de um negócio jurídico por um agente econômico visando à proteção do emprego, tendo em vista que tal finalidade refoge completamente à sua esfera de competência administrativa, focada na proteção à livre concorrência, nos termos da Lei 8.884/94. Daí porque, qualquer ato do CADE que limitasse a autonomia empresarial de agentes econômicos privados em nome da proteção do emprego estaria irremediavelmente comprometido por desvio de finalidade.

(...)

Portanto, o CADE não poderia impor uma restrição à liberdade negocial de agentes econômicos privados no objetivo de evitar o desemprego.

(...)

Mas, ainda que se reconheça, a partir da Constituição, a existência de um dever positivo do Estado, judicialmente sindicável, no sentido de proteção do empregos, não há como desconsiderar no trato da questão o princípio da livre iniciativa, que tem de ser devidamente considerado na ponderação judicial - o que não ocorreu no caso presente.

Com efeito, cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que, numa ordem econômica fundada na livre iniciativa, o principal meio estatal de promoção do pleno emprego deve ser o fomento. O

²⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 04/02/2004. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n.º 2004.45.00.1011423-4, Rel. Desembargador Federal Rogério Carvalho, Sexta Turma, em 03/10/2007, especialmente páginas 10/12. Disponível em <www.trf2.gov.br> Acesso em 15 de março de 2009.

Poder Público não só pode como deve formular e implementar políticas públicas que estimulem os agentes econômicos privados a contratarem mais empregados, ampliando o mercado de trabalho. Neste sentido, devem se orientar as políticas fiscal, creditícia e de investimentos do Estado.

Contudo, só muito excepcionalmente devem-se admitir intervenções de caráter impositivo do Estado, que restrinjam a autonomia empresarial de agentes econômicos privados em nome da manutenção ou da expansão de empregos.

E deve haver uma parcimônia ainda maior nas intervenções judiciais nesta seara, uma vez que medidas deste teor podem acarretar implicações econômicas sérias, que os juízes, pela sua formação específica, não teriam como mensurar adequadamente. Daí porque, afigura-se recomendável uma postura de auto-contenção judicial no campo do controle dos princípios que regem a ordem econômica, que não foi seguida pelo juízo monocrático. (destacou-se)

Pode-se verificar no julgado acima mencionado a postura esperada de um judiciário que respeita as decisões proferidas pela autarquia concorrencial, privilegiando-se a autonomia empresarial, assim como os princípios da livre iniciativa e concorrência.

Aliás, tal julgado esclareceu que a finalidade do CADE é a verificação em concreto de violações a lei concorrencial, não estando incluída entre elas a questão do pleno emprego, apesar da ordem econômica estar voltada também para esse ponto. Vale dizer, daí, que o CADE não pode justificar suas decisões com base unicamente em uma política de empregos, já que, como entendeu o julgado, haveria desvio de finalidade.

O Tribunal em tela, para finalizar, entende que os atos administrativos do CADE não devem sofrer intervenções diretas do Poder Judiciário, já que constituem-se em atos especializados que demandam, conseqüentemente, conhecimentos também especializados, sendo que esses não podem ser corretamente mensurados pelo juízes, devido à sua formação específica.

4.1.4.4 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Na terceira região, constam também poucos registros de atuação do Tribunal tendo o Conselho como autor, réu, assistente ou oponente. Basicamente, do judiciário dessa região destaca-se apenas a atuação frente às cooperativas, já que os demais

julgados são anteriores a nova legislação antitruste, o que os inviabiliza para a comparação pretendida.

No caso que será analisado, a sentença de primeiro grau julgou procedentes os embargos a execução da cooperativa executada, considerando especialmente que é legal a cláusula de exclusividade, nulificando a multa imposta, já que referida cláusula não gera restrição aos princípios das livres iniciativa e concorrência.

O Tribunal, contudo, superando uma preliminar suscitada, verificou que aplicam-se às cooperativas tanto a legislação antitruste, como a Lei 9.656/98; depois, avaliou que é legal a cláusula de exclusividade em grandes centros e quando não houver afetação de parte substancial do mercado, porém, quando há afetação da concorrência, ela acaba por se tornar ilegal; veja-se²⁹⁰⁻²⁹¹:

DIREITO ADMINISTRATIVO E COMERCIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. MULTA DO CADE UNIMED. LEI ANTITRUSTE. GARANTIA PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. SUJEIÇÃO DE COOPERATIVA À ATUAÇÃO FISCALIZADORA E REGULADORA DA AUTARQUIA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. VALIDADE INTERNA CORPORIS. FERIMENTO À LIVRE CONCORRÊNCIA.

1. O art. 65 da Lei nº 8.884/94 exige apenas garantia do juízo, que pode ser prestada por variadas formas e não necessariamente por depósito de dinheiro. Tratando-se de execução fiscal devidamente garantida por penhora de imóvel, está atendida a mencionada garantia prévia.

2. As cooperativas podem manter relações comerciais, voltadas especificamente à oferta dos serviços e produtos de seus associados, e isto não as descaracteriza como tais. Todavia, ao fazê-lo estará a cooperativa ingressando em área na qual pode haver atividade idêntica por parte de outras pessoas jurídicas, submetendo-se a todas as regras que regulam o mercado - no caso especialmente à atividade do órgão regulador e fiscalizador da livre concorrência.

3. No plano concorrencial resta irrelevante perquirir a respeito da validade interna corporis das cláusulas estipuladas no estatuto social restringindo a associação dos médicos a outros planos de saúde. São cláusulas privadas, às quais se submete o profissional médico voluntariamente, e tem razoabilidade em se tratando do ponto de vista da fidelidade societária, pois se associou livremente e sequer pode alegar desconhecimento da restrição.

4. Precedentes do e. STJ nos quais se embasa a sentença tratam do tema tendo em conta a relação cooperativa-cooperado, tratando de casos em que médicos excluídos dos quadros de cooperativas buscavam sua reintegração.

5. Cláusula regularmente estipulada sob o ponto de vista societário, pode passar a ser abusiva sob o ponto de vista de mercado, impedindo a livre concorrência, não cabendo,

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível n.º 2004.61.27.000403-3, Rel. Juiz Convocado Cláudio Santos, Terceira Turma, julgado em 03/04/2008. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 17 de abril de 2009.

²⁹¹ No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Remessa Ex Officio em Apelação n.º 2004.61.27.002599-1, Rel. Juiz Convocado Cláudio Santos, Terceira Turma, julgado em 03/04/2008. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 17 de abril de 2009.

porém, dizer que invariavelmente ferirá a concorrência. Análise que depende do caso concreto.

6. A grande maioria dos profissionais da região de atuação da Embargante está a ela vinculada, chegando a inviabilizar o ingresso de concorrentes.

7. O princípio da affectio societatis pode justificar a existência da cláusula de exclusividade, mas não pode ele próprio justificar ferimento à livre concorrência. Para que se caracterize um cartel sequer há necessidade de regras expressas estatuídas no grupo. A união anticoncorrencial pode ser e comumente é velada, daí novamente a desimportância da validade formal da cláusula no seio do grupo.

8. A partir do advento da Lei nº 9.656/98 passaram a ser vedadas cláusulas estatutárias ou contratuais dessa natureza, conforme art. 18, inc. III, o que se aplica a todas as operadoras, indistintamente, não havendo razão para se excluir as cooperativas do campo de sua incidência.

9. Não é por estar constituída sob a forma de cooperativa que a Embargante pode adotar práticas tendentes a restringir ou suprimir a concorrência, como é o caso da vedação à dupla militância, que, embora legalmente estipulada, tornou-se ilícita por passar a servir a esse propósito. Sujeita-se assim ao poder estatal normativo e fiscalizador da atividade econômica, exercido pelo Embargado, tal como qualquer outra empresa constituída sob outra natureza jurídica.

10. Precedente do Tribunal.

11. Remessa oficial provida. Apelação parcialmente provida. (destacou-se)

Referido julgado caminha em sentido contrário de parte dos já vistos; não se considera ilegal de plano a cláusula de exclusividade, ela, por si só, não tem o condão de atrair a atenção da autoridade antitruste ou de gerar qualquer sanção ou multa.

Todavia, para o Tribunal dessa região, haverá necessidade de se declarar a ilegalidade daquela cláusula quando for imposta por cooperativa em pequenos centros urbanos, cláusula capaz de no caso concreto trazer prejuízos reais à concorrência.

4.1.4.5 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Na região Sul, o Tribunal competente julgou alguns casos e criou, com eles, certa polêmica. Como será visto, quanto ao tema das cooperativas, o entendimento é completamente diverso dos outros Tribunais; já quanto aos embargos e a cobrança de multas, a questão gera controvérsias internas, conforme agora se expõe.

4.1.4.5.1 Cooperativas

Na esfera de competência da região Sul, o Tribunal entendeu que a cláusula de exclusividade é, por si só, ilegal; não se aplicando ao caso a Lei 9.656/98, como demonstra o seguinte julgado²⁹²:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA. EXIGÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INFRAÇÃO À LEI Nº 8.884/94. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA.

1. Imposição de cláusula de exclusividade por cooperativas que realizam atividades na área de saúde já infringia a Lei nº 8.884/94 (art. 20, I, art. 21, IV, V e VI e art. 23, III), fundamento legal da imposição da multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

2. Advento de lei posterior que melhor determine comportamento já contido na norma embasadora da autuação (Lei 9.656/98) não implica revogação, nem significa ausência de reserva legal ensejadora do exercício do poder de polícia. (destacou-se)

Convém destacar que sequer gera a cláusula de exclusividade efeito para os contratantes, cooperados, já que a mesma foi considerada abusiva e ilegal; veja-se²⁹³:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONTRA A IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO CADE. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. COOPERATIVA MÉDICA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DESCABIMENTO.

1. Configura-se a ilegitimidade passiva da União em ação em que se contesta aplicação de penalidade pelo CADE por controle de mercado ou prática restritiva e nenhum pedido é formulado em face do ente político.

2. É de rigor o indeferimento do pedido de antecipação de tutela se não conjugados os legais requisitos, como se dá em sendo requerida a suspensão de multa sem que se indique vício qualquer no procedimento administrativo que interessa, **ademais de se afigurar abusiva a cláusula de exclusividade do profissional médico em contrato de adesão, ainda que em estatuto cooperativo**, certo também que há meio legal de suspensão de multa inscrita em dívida ativa, diverso da ofertada caução de bens. (grifou-se)

Do acima exposto, pode-se concluir que parte da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região entende que há ilicitude na cláusula de exclusividade

²⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n.º 2005.70.09.000935-6, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 04/10/2006. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

²⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2002.04.01.046194-0, Quarta Turma, Relator Amaury Chaves de Athayde, DJ 17/09/2003. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

apenas por ela existir (*per se*), sendo que há violação à lei antitruste por desatenção aos princípios das livres iniciativa e concorrência.

Tal entendimento, não se olvide, é diverso do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que entende pela interpretação sistemática dos dispositivos legais frente à nova dogmática constitucional; assim como é oposto ao do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cujo foco baseia-se não na ilicitude *per se*, mas no efeito da cláusula de exclusividade perante o mercado, considerando-se legal aquela que não prejudique a concorrência (como ocorre em grandes centros econômicos) e ilegal aquela que traga efeitos nocivos (como quando a maioria dos profissionais liberais encontram-se abrigados sob a mesma cooperativa, diminuindo o poder de escolha do consumidor).

Contudo, recente julgado alterou o entendimento acima, como agora se demonstra²⁹⁴:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA APLICADA PELO CADE. COOPERATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. COOPERADOS. PROIBIÇÃO DE DUPLA MILITÂNCIA. 1. A natureza constitutiva da apelante, uma sociedade cooperativa, merece ser tratada de forma adequada e considerada para todos os fins. 2. Não há prova clara e convincente a arrimar a penalidade aplicada, utilizando-se a doutrina do ônus dinâmico da prova (art. 333 do CPC, parágrafo único, inciso II).

3. Não há ilegalidade na cláusula de proibição de dupla militância, em se tratando de cooperativa médica. **O cooperado que adere a uma cooperativa médica submete-se ao seu estatuto**, podendo atuar livremente no atendimento de pacientes que o procurem, mas vedada a vinculação a outra congênere, conforme disposição estatutária.

4. A superveniência da Lei n.º 9.656/1998, que regula a atividade dos planos de saúde privados, não altera o quadro delineado nos autos, sempre devendo ser compatibilizado com a peculiar organização da apelante que é uma cooperativa. (destacou-se)

Deve-se concluir, então, que o Tribunal em questão vinha entendendo pela ilicitude *per se* da instituição da cláusula de exclusividade, assim como que o profissional cooperado não se vinculava sequer à cláusula que livremente aderiu; tal entendimento, todavia, parecer estar mudando e adequando-se aos dos demais Tribunais, como já avaliado.

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n.º 2002.72.02.003941-7, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 08/06/2009. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

4.1.4.5.2 *Multas*

Já quanto as penalidades por multas imposta pela autarquia antitruste, o Tribunal analisado é ainda mais volátil em suas decisões, ora concedendo liminar, ora revogando; os fundamentos, contudo, por vezes afastam-se da legalidade.

O caso trazido para análise decorre da constatação de formação de cartel entre empresários do setor de segurança do Rio Grande do Sul; esses, já que caracterizadas as condutas de fraude à licitação e formação de cartel em regular procedimento administrativo, foram multados pelo Conselho.

Dessas multas, cada empresário recorreu individualmente requerendo a anulação do ato administrativo exarado, com a conseqüente anulação da multa imposta pela autarquia da concorrência.

Os julgados, todos, frise-se, decorrentes da mesma conduta, são os mais variados possíveis; em primeiro momento, parte dos investigados multados não conseguiu a suspensão liminar da decisão do CADE, como se observa nos seguintes julgados²⁹⁵⁻²⁹⁶:

ADMINISTRATIVO. DECISÃO DO CADE. SUSPENSÃO. DESCABIMENTO.

1. A auto-executoriedade é inerente às decisões do CADE. Este tem o poder de, pela sua própria força e sem necessidade de prévia manifestação judicial, executar seus atos administrativos. Trata-se de prerrogativa fundamental para a defesa do interesse público e preservação da autoridade do Estado.

2. Não cabe suspender, em caráter provisório, antes da instrução probatória mais aprofundada, decisão administrativa proferida com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa por órgão administrativo de reconhecida idoneidade. (destacou-se)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARTEL. EMPRESA DE VIGILÂNCIA. SUSPENSÃO DE DECISÃO DO CADE MEDIANTE PAGAMENTO DE CAUÇÃO EM VALOR INFERIOR À INTEGRALIDADE DAS MULTAS. INVIABILIDADE. ARTIGOS 65 E 66 DA LEI N.º 8.884/1994. Agravo desprovido.

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.002048-4, Terceira Turma, Relator Marcelo de Nardi, D.E. 25/06/2008. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

²⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2009.04.00.019472-7, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 09/09/2009. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

Para os julgadores da Terceira Turma, é essencial o depósito da quantia controvertida para que se possa deferir o pleito de suspensão da decisão agravada, considerando-se a autonomia da autoridade antitruste e a auto-executoriedade de suas decisões.

Já para a Quarta Turma, o posicionamento é dividido, ao que parece, reconhece-se a autonomia do CADE por vezes, mas por outras a suspensão da decisão do Conselho pode ser feita independente de depósito ou caução, em frontal violação aos princípios da legislação antitruste, utilizando-se aquele de preceitos como a razoabilidade, iminência de prejuízo para os empresários condenados e ausência de prejuízo à administração pública.

Cite-se, assim, a decisão que não autoriza a suspensão liminar do ato administrativo, justificando-se na necessária coleta de provas²⁹⁷:

Tratando-se de ação que demanda exame de provas, precipitada a antecipação fundada apenas no "crédito" que mereceria a alegação de que não houve participação da empresa em cartel. A desconstituição de ato administrativo exige mais do que a simples alegação da parte supostamente prejudicada. Por outro lado, já foi apresentada resposta ao agravo de instrumento, fato que possibilita seu exame pela Quarta Turma e afasta o risco advindo da demora no processamento da súplica. Desta forma, indefiro a antecipação da tutela recursal. Intime-se. (destacou-se)

Por outro lado, a mesma necessidade de dilação probatória justificou a concessão de liminar obstativa, como assim se observa²⁹⁸:

...a ameaça ao bem jurídico deve ser iminente, latente, de tal sorte que justifique um provimento jurisdicional em tutela de urgência, em que em nome da efetividade, **a segurança jurídica é relativizada.**

Deve salientar-se que a antecipação do provimento final constitui exceção em nosso ordenamento jurídico, pelo que somente deverá ser acatada mediante prova robusta, a apontar a conclusão pela grande probabilidade do juízo de verdade, ou seja, da verossimilhança do direito.

(...)

²⁹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.017209-0, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 04/07/2008. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.000179-9, Terceira Turma, Relatora Carla Evelise Justino Hendges, D.E. 17/01/2008. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

Há que se ponderar, ainda, que estando em discussão judicial a indigitada decisão administrativa, não seria razoável a sua execução imediata sem que obtenham as partes um pronunciamento judicial definitivo.

Com efeito, a matéria deverá ser melhor examinada após a contestação do réu e com a devida instrução probatória que se fizer necessária no curso do feito principal.

Em relação à multa imposta, a iminência da sua execução também autoriza o afastamento liminar da decisão do CADE, já que se trata de penalidade jungida à sanção impugnada, devendo igualmente ser apreciados os fundamentos da posição firmada por seu respectivo Conselho.

A execução da pena pecuniária expõe a agravante a risco de penhora de bens, ou oferta de garantias. Ante o exposto, considerando que o deferimento liminar visa, tão-somente, a garantir o resultado útil na composição da lide, de natureza instrumental, defiro em parte a antecipação da pretensão recursal, para suspender os efeitos da decisão administrativa objeto da demanda principal, inclusive relativamente à multa, até o seu julgamento final, permitida, assim, a participação da agravante em licitações, bem como a manutenção de sua contratação. A presente decisão, contudo, não abrange em seus efeitos os certames licitatórios já findos, cujos contratos estejam assinados. Comunique-se. Intime-se a parte agravada para resposta. (destacou-se)

Vale dizer, pelo acima citado, que houve suspensão do ato administrativo e de seus efeitos, até mesmo em relação a multa aplicada, relativizando-se indevidamente a segurança jurídica; aliás, justificar a concessão da liminar do “risco de penhora de bens” contraria os dispositivos legais já mencionados, posto que é exigência legal o depósito da quantia discutida ou o depósito de caução.

Deixa transparecer, o Tribunal visto, uma gama de decisões conflitantes entre si e, dentre os empresários investigados e multados pela formação de cartel, parte deles conseguiu a suspensão dos efeitos da decisão do Conselho em decisões erroneamente fundamentadas e certamente destoantes dos demais Tribunais analisados.

Sendo assim, parece certo dizer que, para os empresários citados, a suspensão ou não das medidas impostas foi aleatória e dependeu da sorte daqueles na distribuição dos seus respectivos processos.

4.1.4.6 Análise da Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Como último Tribunal investigado, calha destacar a atuação do mesmo apenas quanto às cooperativas, já que os demais casos não trazem importantes considerações para o estudo.

Destacam-se dois julgados; o primeiro entende na forma de alguns outros Tribunais, no sentido de interpretação sistemática dos dispositivos legais, inclusive com aplicação da Lei 9.656/98; o segundo entende que sequer aplica-se a lei antitruste às cooperativas.

Colaciona-se o primeiro julgado²⁹⁹:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. EXECUÇÃO. SUJEIÇÃO DAS COOPERATIVAS MÉDICAS. REGULARIDADE PROCEDIMENTAL. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ILEGALIDADE.

I. As normas concorrenciais devem ser aplicadas às sociedades cooperativas, pois o art. 15 da lei 8.884/94 engloba qualquer ente público ou privado que tenha conduta contrária à concorrência, independente de visar ao lucro, além de não haver isenção expressa nem implícita das cooperativas da adjudicação concorrencial.

II. Enquanto que a determinação da existência de infração à ordem econômica encontra-se na esfera de competência do CADE, que, fazendo uso do seu expertise, decidiu pela ocorrência de conduta anticoncorrencial no caso concreto, **cabe ao judiciário observar a legalidade e regularidade formal do procedimento, âmbito em que não se vislumbram vícios.**

III. A representação do ministério público ao CADE se deu de forma regular e o termo de ajustamento de conduta firmado anteriormente não retira a competência do CADE de atuar na tutela da ordem econômica e no resguardo dos interesses da coletividade.

IV. A lei 5.764/71, que institui a política nacional de cooperativismo, deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados pela nova ordem constitucional, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).

V. A cláusula de exclusividade afronta o art. 18, III, da lei 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

VI. Apelação improvida. (destacou-se)

Neste caso, o juízo entendeu que o judiciário deve atuar apenas para averiguar a regularidade formal e legal dos atos administrativos do Conselho; ainda, entendeu-se que se aplica ao caso a Lei 9.656/98, interpretando-a de acordo com os ditames da legislação antitruste e de acordo com a Constituição Federal.

Julgando situação semelhante, o mesmo Tribunal concedeu liminar para obstar e suspender os efeitos do ato administrativo que condenou determinado agente econômico pela formação de cartel, entendendo, na via contrária a unanimidade da

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n.º 2004.82.00.012493-2, Quarta Turma, Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, julgado em 31/01/2006. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

doutrina e jurisprudência que não se aplicam às cooperativas os ditames da lei concorrencial; cita-se³⁰⁰:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COOPERATIVA MÉDICA. ALEGAÇÃO DE FORMAÇÃO DE CARTEL E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LIVRE INICIATIVA. CADE. LEI ANTITRUSTE. INAPLICABILIDADE. MANUTENÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

- A cooperativa que congrega a maior parte dos profissionais liberais de uma determinada categoria médica, no caso urologistas, por simplesmente os seus médicos praticarem preços unificados, não implicaria em ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, nem configuraria a formação de cartel, **mesmo porque a lei antitruste - lei nº 8. 884/94 não se aplica a estas cooperativas e o consumidor dispõe de outros médicos não cooperados.**

- Agravo de instrumento improvido. (destacou-se)

Não é preciso lembrar que a jurisprudência até agora analisada, de forma maciça, entende que é aplicável a legislação antitruste às cooperativas; assim, os julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região destoam do todo e autorizam a prática de atos anticoncorrenciais por agentes econômicos constituídos sob a forma de cooperativa no âmbito de suas jurisdição.

4.1.4.7 Superior Tribunal de Justiça

Por último, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, são muitas as decisões favoráveis e desfavoráveis ao Conselho; aliás, vários dos processos citados no decorrer da exposição encontram-se já com recurso especial direcionado ao Tribunal brasileiro ou mesmo com esses já julgados.

Para o estudo, que visa demonstrar a incongruência dos julgados nos diferentes Estados da nação e a volatilidade do Poder Judiciário como um todo, convém citar apenas um dos recentíssimos julgados daquele Superior Tribunal³⁰¹:

³⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2003.05.00.004311-7, Quarta Turma, Relatora Desembargador Federal Marcelo Navarro, julgado em 14/12/2004. Disponível em <www.trf4.gov.br> Acesso em 4 de abril de 2009.

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 13.742/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/09/2009, DJ-e 21/09/2009. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 25 de setembro de 2009.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. POSSÍVEL OCORRÊNCIA DE FRAUDE. SOBRESTAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PELA AUTORIDADE COATORA. PEDIDO DE CONCESSÃO DA SEGURANÇA PARA DAR CONTINUIDADE AO PROCESSO. CONCLUSÃO DO CERTAME. PERDA DO OBJETO.

(...)

6. Com efeito, conforme orientação consolidada nesta Corte, afasta-se da apreciação do Poder Judiciário o controle do mérito dos atos administrativos — conveniência e oportunidade —, excepcionada apenas a hipótese de ato praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial, **ou ainda quando contrariar o princípio a razoabilidade**, o que, a toda evidência, não ocorre na hipótese dos autos.

(...)

8. Nesse sentido, não compete ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, a fim de se determinar ao Ministro de Estado das Comunicações a imediata homologação do objeto da Concorrência n. 080/2001 - SSR/MC.

9. Mandado de segurança extinto, sem resolução do mérito.

Ora, de acordo com o julgado, o Poder Judiciário não poderá intervir em atos discricionários, tal como a instituição ou não de compromisso de cessação, como já visto, devendo verificar apenas os critérios formais; todavia, a ressalva de que o judiciário poderá intervir, independente do ato administrativo ser discricionário ou vinculado, nos casos de ofensa ao princípio da razoabilidade, é a que preocupa.

Tal entendimento poderá servir de apoio aos Tribunais regionais para a transformação desses em instância obrigatória de homologação dos atos da autarquia concorrencial; vale dizer, serão os Tribunais avaliadores de todos e quaisquer atos, independente de os mesmos serem vinculados ou discricionários.

É a prova de que o Conselho, ao contrário até mesmo dos preceitos da legislação antitruste, tem uma pseudo-autonomia e que as suas decisões poderão e serão (se depender dos agentes econômicos envolvidos) revistas integralmente pelo Poder Judiciário, independente da qualificação do ato impugnado.

4.2 A REGRA DA RAZÃO

Como anteriormente visto³⁰², desde a sua promulgação, a *Sherman Act*, legislação que regula a concorrência no direito norte-americano, especialmente nos

³⁰² Cf. Capítulo “4.2”

artigos 1º³⁰³ e 2º³⁰⁴, já proibia toda e qualquer forma de contrato ou combinação entre agentes econômicos na forma de *trust* que restringisse a troca ou comércio; ainda, proibia diretamente o monopólio ou a tentativa de constituição de um monopólio, independente de qualquer benefício que possa ser gerado.

Sendo assim, a lei que deu bases ao antitruste ou a defesa da concorrência naquele país não previa um sistema de compensações ou uma forma de mitigar a regra da ilicitude *per se* das condutas anticoncorrenciais; vale dizer, então, que nos exatos termos daquela lei, “não há possibilidade de serem consideradas lícitas as práticas que, embora restritivas da concorrência, acabem por trazer benefícios para o sistema.”³⁰⁵

Foi no caso *Standard Oil Co. Of New Jersey Vs. United States*, de 1911, é que foi esclarecida pela primeira vez a regra da razão³⁰⁶, cujo desfecho alterou a forma de interpretação da regra da ilicitude *per se*, adicionando o termo *unreasonable* (não razoável, desarrazoado); ou seja, concedeu-se nova interpretação ao dispositivo legal para esclarecer que seriam ilícitos apenas os contratos, combinações na forma de *trust* ou qualquer forma de conluio que restringisse de forma não razoável a concorrência.

Para Valéria Guimarães de LIMA e SILVA³⁰⁷, a consequência dessa interpretação é que foi criada:

...uma exceção judicial à incidência da lei a contratos que não restringissem o comércio de forma não razoável, exceção esta não prevista originalmente pelo legislador. Essa flexibilização normativa, se, por um lado, relativizou a proibição geral da lei, por outro conferiu aos tribunais a responsabilidade da caracterização de um ato como ilícito ou não,

³⁰³ Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

³⁰⁴ Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

³⁰⁵ FORGIONI, op. cit., p. 205

³⁰⁶ AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 42/43

³⁰⁷ LIMA e SILVA, Valéria Guimarães de. **Direito Antitruste: aspectos internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 84

tornando possível a implementação dos distintos entendimentos econômicos vigentes a cada momento histórico, sem que para isso fosse necessária a modificação da legislação.

Esse modelo norte-americano foi recepcionado pelo Conselho pela aplicação e análise dos artigos 20 e 21 da legislação antitruste nacional, como comprova o trecho de uma decisão assim ementada³⁰⁸:

...na aplicação da regra ‘per se’ após evidenciada a conduta, a consideração de que qualquer outra circunstância adicional seria dispensada para a análise de mérito, em nome da economia e da conveniência administrativa. Este, todavia, não é o caso da diretiva do art. 20 que, ao contrário, exige justamente a avaliação dos efeitos do comportamento guerreado sobre a concorrência, de acordo com as categorias dos incisos. **Nesse sentido, as vias de prova de ato anti-concorrencial pela conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 adotam explicitamente a ‘regra da razão’ como metodologia geral de análise do mérito.** Nesse espírito estão a exigência de prova da intencionalidade de efeito nocivo à concorrência ou de prova de potencialidade de geração de efeitos anti-concorrenciais para a identificação do ato infrativo. Nesse sentido o Conselho passou a avaliar a conduta, e concluiu por sua caracterização. (destacou-se)

É com base nessa premissa inaugural, fundando-se em uma regra de razoabilidade, que foi transplantado o conceito alienígena para o modelo nacional, chegando a doutrina a dizer que “toda a legislação brasileira está baseada na regra da razão.”³⁰⁹

Ora, se o regramento nacional é baseado na regra da razão, é fato que pode a autoridade antitruste decidir pela aprovação, reprovação ou aprovação com restrições de um ato de concentração baseando-se nessa premissa; conseqüentemente, se há interferência do Poder Judiciário (e por vezes o mesmo passa a ser instância de homologação dos atos administrativos exarados pelo Conselho, como já verificado), nada impediria que aquele revisse um ato da autarquia concorrencial com base também nessa regra.

Nem se diga que o judiciário não pode substituir o administrador para impor a sua própria valoração do caso concreto ou o seu próprio conceito de razoável; primeiro, porque os atos administrativos do Conselho são na maioria das vezes

³⁰⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.002299/2000-18, Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, em 19 de abril de 2002. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 18 de julho de 2009.

³⁰⁹ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 52

vinculados e, portanto, comportam ampla revisão; segundo, porque ao revisar uma decisão do Conselho ou “ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o juiz ou tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional e razoável.”³¹⁰

Aliás, convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça já se utilizou da regra da razão, como comprova o seguinte julgado³¹¹:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. UNIMED. COOPERADO. MÉDICO. EXCLUSIVIDADE.

1. O cooperado que adere a uma cooperativa médica submete-se ao seu estatuto, podendo atuar livremente no atendimento de pacientes que o procurem, mas vedada a vinculação a outra congênere, conforme disposição estatutária.
2. Recurso conhecido, mas desprovido, por maioria.

O voto da Ministra releva o parecer final sobre o julgamento:

As cláusulas de exclusividade sempre restringem, de alguma forma, o nível de concorrência existente em dado mercado relevante. Um franqueador, por exemplo, freqüentemente impede o seu franqueado de comercializar produtos de empresas concorrentes, fato esse capaz de restringir a concorrência.

Não se pode considerar nula, entretanto, toda cláusula que restringe a concorrência, porque é da essência dos contratos empresariais restringir a concorrência.

(...)

A conclusão pela nulidade ou validade da restrição à concorrência, como bem anota a Doutrina Antitruste, em exegese adequada dos arts. 20 e 21 da Lei 888494, resulta da identificação das restrições concorrenciais legítimas, porque razoáveis, e das ilegítimas, por lhes faltarem a razoabilidade.

A este instituto antitruste, originado no *Common Law* e desenhado pela Suprema Corte dos EUA no início do século XX, chama-se *regra da razão*.

(...)

Por sua vez, a enunciação clara da regra da razão foi conferida pelo Juiz BRANDEIS, em voto proferido no julgamento de “Chicago Bd. of Trade v. United States”, de 1918: “A validade de um contrato ou cláusula não pode ser determinada simplesmente pela análise referente à existência de uma restrição à concorrência. Vincular, restringir, isto é da essência do contrato. O verdadeiro teste da validade está em se verificar se a restrição imposta apenas visa regular e talvez promover a concorrência, ou se simplesmente visa suprimir ou mesmo destruir a concorrência. Para aplicar essa distinção o Tribunal deve sempre considerar os fatos peculiares à atividade econômica em que a restrição está sendo aplicada, bem como analisar as condições dessa atividade econômica antes e depois da imposição da restrição, a natureza da restrição e seus efeitos, reais ou prováveis. A história da restrição, o mal nela considerado existente, a razão para se adotar uma sanção especial, o propósito ou escopo que se busca atingir, são

³¹⁰ BARROSO, p. cit., p. 231

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 261.155/SP, Rel. Ruy Rosado Aguiar, Rel. p/ Acórdão Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 10/3/2004, DJ 303/05/2004, p. 91. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 10 de agosto de 2009.

todos fatos relevantes. E isto não se dá porque uma boa intenção possa isentar uma restrição supostamente negativa, ou o inverso, mas porque o conhecimento acerca do intento perseguido poderá ajudar o Tribunal a interpretar fatos e a inferir conseqüências.

(...)

Neste contexto, a regra da razão constitui o marco divisor da licitude ou ilicitude das cláusulas restritivas da concorrência. O seu fundamento está na percepção de que algumas restrições à concorrência fomentam a rivalidade econômica no mercado pertinente (as restrições ditas boas, ou razoáveis), enquanto que outras impedem o desenvolvimento econômico e o estabelecimento de concorrentes (essas, as chamadas más restrições, ou não razoáveis).

A regra da razão constitui, assim, uma forma de interpretação lógica, por meio da qual os efeitos restritivos da concorrência são comparados com os efeitos promotores da concorrência, ou efeitos ditos pró-competitivos.

Desse balanço aufere-se o saldo líquido para a concorrência: se positivo, a cláusula restritiva deve ser aprovada, porque beneficia o nível de concorrência existente; se negativo, deve ser sancionada, porque a restrição da concorrência prepondera sobre a sua promoção, em prejuízo do mercado, dos concorrentes e também dos consumidores. (destacou-se)

O próprio Conselho autárquico já avaliou a viabilidade na utilização dessa regra, como se percebe na decisão assim ementada³¹²:

Ato de Concentração. Objeto social da Brasil Álcool é a comercialização, no mercado nacional e internacional, de álcool carburante anidro e hidratado e de açúcar, pelo período de três anos, prorrogáveis por tempo indeterminado. Composição do capital social da empresa foi utilizado o valor de R\$ 606.080,00, 15% da produção da safra 1998/99 das 84 empresas e mais 100/0 da produção das destilarias autônomas, referente a essa mesma safra de cana-de-açúcar Quanto ao Produto é o de produção de álcool combustível para automóveis (anidro e hidratado). Quanto á Dimensão Geográfica, define-se o mercado geográfico relevante como o nacional A operação enquadra-se no § 3º, do Art. 54, da Lei 8.884/94. A operação foi apresentada tempestivamente. **Ato configurado como cartel. Invocação da regra da razão na avaliação e interpretação do ato. O ato deve ser considerado levando-se em conta o contexto econômico, social e jurídico da economia brasileira. A apreciação de um ato de Concentração deve fazer-se de forma centrada na ordem jurídico-econômica traçada pela Constituição Federal.** A jurisprudência norte-americana e européia podem e devem ser invocadas relativamente aos princípios informadores da aplicação do Direito da Concorrência. Não aprovação do ato de Concentração. (destacou-se)

Para o caso, o Conselheiro Relator assim concluiu³¹³:

...em face do exposto, entendo não realizadas as eficiências invocadas como justificadoras dos atos e levando **em conta os princípios norteadores da regra da razão**, voto por que não

³¹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.002315/1999-50, Relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, em 26 de dezembro de 2000. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 18 de agosto de 2009.

³¹³ A cópia integral do voto do Conselheiro Relator pode ser obtida em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000171891772.pdf> Acesso em 19 de agosto de 2009.

sejam aprovados os atos apresentados em ambos os processos agora sob julgamento, determinando a desconstituição de ambos no prazo de 60 (sessenta) dias... (destacou-se)

A grande preocupação reside no fato de que tanto a autarquia como o judiciário (em sede de revisão dos atos administrativos) podem autorizar um determinado ato de concentração baseando-se na razoabilidade, gerando insegurança para o mercado e para os agentes econômicos que nele atuam, já que a razoabilidade, como sabido, não é de fácil definição e não comporta, ainda, um conceito uniforme.

Luís Roberto BARROSO³¹⁴ expõe, em síntese sobre o princípio da razoabilidade, que ele:

...é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo um meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Essa visão do princípio da razoabilidade insere-se perfeitamente nos fundamentos do razoável em matéria concorrencial e é útil para minimizar a insegurança na sua aplicação.

Parece sensato, então, revelar as novas vestes da regra da razão e conceituá-la como regra autorizadora de práticas que revelem efeitos anticompetitivos, desde que essas sejam necessárias e classificadas como meios ou instrumentos para a concretização de uma ordem econômica voltada à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, e que os efeitos positivos (pró-concorrência) superem os negativos.

4.3 O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE

Quando visto o conceito de mercado relevante³¹⁵, tanto geográfico como material ou do produto, prescreveu-se que a autoridade antitruste nacional utiliza da tese do monopolista hipotético para determinação daquele.

³¹⁴ BARROSO, op. cit., p. 245

³¹⁵ Cf. Capítulo “2.2.”

Na aplicação desse princípio, procura-se a rentabilidade decorrente de um pequeno porém significativo aumento de preços; se viável ou rentável o aumento sugerido, definido está o mercado relevante.

O fato é que a utilização dessa metodologia pode gerar insegurança e fazer com que a autoridade concorrencial possa autorizar um ato potencialmente danoso aumentando ou restringindo o mercado relevante, já que as premissas para sua definição não são precisas.³¹⁶

A doutrina critica de forma acentuada, em primeiro momento, como conceituar aquele pequeno porém significativo aumento de preços.; isso, porque:

...utilizar um nível muito elevado de aumento de preços implicaria definir um mercado relevante excessivamente amplo e, conseqüentemente, concluir sempre que os agentes econômicos carecem de poder no mercado. Um nível muito baixo de risco cria o inverso. Apesar de necessariamente arbitrário (como, por exemplo, é a própria fixação de participação no mercado) pode-se dizer que um percentual entre 5% e 10% de aumento de preços constituiu um valor bastante razoável.³¹⁷

É justamente nesse sentido que trabalha o *Department of Justice* e o *Federal Trade Commission*, prescrevendo o percentual de 5% até 15%, variável de acordo com a atividade econômica analisada³¹⁸; ainda assim, a variação percentual é alta e sua escolha pode ser determinante para a aprovação ou não de um ato de concentração.

Outro ponto que merece crítica é a verificação, em concreto, da reação do consumidor diante daquele pequeno porém significativo aumento de preços. Se determinar o percentual de aumento é tarefa que pode gerar discricionariedade, a verificação do comportamento do consumidor também pode trazer resultados ambíguos, o que afetará a rentabilidade do ato de concentração e, conseqüentemente, a definição do mercado relevante.

³¹⁶ Nesse sentido diz Paula Andréa FORGIONI que “restringindo-se o mercado relevante, os efeitos da prática de concentração serão sentidos de forma mais aguda. De outra parte, o aumento da dimensão do mercado relevante acaba por diluir o impacto anticoncorrencial da prática, de modo a, algumas vezes, permitir sua autorização.” (FORGIONI, op. cit., p. 252)

³¹⁷ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 110

³¹⁸ Cf. Item “2.2.1.”

Se o principal critério para verificação do nível de fungibilidade dos produtos é o comportamento do consumidor após e em função da mudança de preços³¹⁹, e se essa mudança de preços não tem um percentual bem definido, a autoridade antitruste poderá concluir que dois produtos pertencem ou não a um mesmo mercado relevante se aplicados diferentes percentuais; considere-se o seguinte exemplo: o Conselho é chamado a verificar se há fungibilidade entre dois produtos que servem ao mesmo fim, tal como arroz branco e parboilizado, baseado no comportamento do consumidor após um pequeno porém significativo aumento de preços. No caso, ao se aplicar o percentual de aumento de 5% (cinco por cento), os consumidores não migram para o outro produto, não existindo fungibilidade; a consequência lógica é a consideração de que os produtos se encontram em mercados relevantes apartados. Todavia, ao se aplicar o percentual de 15% (quinze por cento), os consumidores passam a utilizar o outro produto, o que traz como consequência a ampliação do mercado relevante.

O exemplo demonstra que a ampliação do percentual do pequeno porém significativo aumento de preços pode ser decisivo para a escolha do consumidor e para a verificação da fungibilidade entre diversos produtos; desta forma, prova-se que a autoridade antitruste, ao escolher um ou outro percentual, pode escolher uma determinada solução ou invés de outra, o que gera a já inúmeras vezes prescrita: insegurança jurídica.

Por último, a definição do mercado relevante com base na oferta (comportamento dos agentes econômicos), mais uma das possibilidades para demarcação daquele, acaba por ampliando em demasia o mercado estudado, já que incluiria como substitutos produtos que o consumidor pode não necessariamente incluir; vale dizer, enquanto duas canetas, uma barata e outra cravejada de diamantes, podem não ser substitutos ideais pelo lado do consumo (demanda), poderão o ser pelo lado da produção (oferta), desde que os custos envolvidos compensem a migração do agente econômico.

Para elucidar o problema na conceituação do mercado relevante e a possibilidade de soluções diversas para o mesmo caso, devem ser analisadas as

³¹⁹ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 111

decisões do Conselho da concorrência, visando verificar não só a imprecisão, mas também as conseqüências do modelo adotado.

O grande caso a ser estudado refere-se a aquisição integral do capital social de uma grande produtora de chocolates por outra; o famoso e ainda inacabado caso Nestlé/Garoto.

4.3.1 O Caso Nestlé/Garoto

No caso agora analisado, o Conselho concluiu que pela desconstituição do ato de concentração, já que para ele haveria a eliminação de um dos três grandes agentes econômicos atuantes no mercado relevante e, como conseqüência do alto nível de concentração, possível abuso de posição dominante³²⁰.

Como curiosidade, vale destacar que após a decisão do Conselho (ato vinculado), os agentes econômicos recorreram ao Poder Judiciário, obtendo o deferimento de medida liminar. Posteriormente, a sentença da 4ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente a ação interposta em março de 2007, nos seguintes termos³²¹:

...ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido das autoras e DECLARO aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.3.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação. Condene o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagar-lhes honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

³²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 de abril de 2009.

³²¹ DISTRITO FEDERAL. Ação Ordinária n.º 2005.34.00.015042-8, Juiz Itagiba Catta Preta Neto, 4ª Vara Federal, julgada em março de 2007. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 17 de agosto de 2009.

O apelo da autarquia foi enviado ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo como desfecho a sua procedência parcial em setembro de 2009, em acórdão assim resumido³²²:

...após o voto vista do Desembargador Federal Fagundes de Deus, mantendo o voto inicialmente proferido, a Turma, por maioria deu parcial provimento à remessa oficial, tida como interposta, e à apelação para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento, pelo CADE, do pedido de reapreciação, a fim de que outro julgamento se proceda na devida forma.

A questão acima somente corrobora os argumentos expedidos no capítulo anterior, no sentido de que há verdadeira crise de jurisdição; todavia, interessa para o estudo os fatos e fundamentos que motivaram o Conselho concorrential a ordenar a desconstituição do ato, especialmente a forma como foi definido o mercado relevante, tanto pelo Conselho, como por suas Secretarias.

4.3.1.1 A Apresentação do Mercado pelos Agentes Econômicos

Os agentes econômicos envolvidos, quando pleitearam a aprovação do ato de concentração, entenderam que não haveria concentração excessiva de mercado; também que as eficiências produzidas superariam o eventual prejuízo às livres iniciativa e concorrência; para tanto, fundamentaram que o mercado relevante material ou do produto incluiria três grandes vetores: a) balas e guloseimas; b) achocolatados e; c) chocolates sobre todas as formas; ainda, o mercado relevante geográfico seria o Mercosul.³²³

Desta forma, as partes envolvidas pretenderam demonstrar que o resultado do ato de concentração deve ser analisado dentro de um mercado relevante, tanto material como geográfico, bastante amplo; isso, para diminuir o nível de concentração e, conseqüentemente, o de possibilidade de abuso de uma futura posição dominante.

³²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 2005.34.00.015042-8, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, julgada em setembro de 2009. Disponível em <www.trf1.gov.br> Acesso em 28 de setembro de 2009.

³²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 de abril de 2009.

Ora, é certo que quanto mais amplo for a definição dos mercados, menor será a possibilidade de afetação dos princípios das livres iniciativa e concorrência, e mais fácil será a prova de que o ato verificado não trará prejuízos substanciais ao mercado e aos consumidores.

4.3.1.2 O Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE

O parecer emitido por essa Secretaria não aceitou os argumentos dos agentes econômicos envolvidos, tendo definido mercados relevantes diversos dos apresentados por aqueles³²⁴.

Assim, para o mercado relevante material ou do produto, a Secretaria inicialmente definiu que enquadram-se: a) licor de cacau, manteiga de cacau e torta de cacau; b) chocolate em pó.

Não obstante, o parecer nada acrescentou com exatidão sobre os demais itens, porém, aquele leva a entender que os mercados sob a ótica do produto também incluem e se subdividem em: a) cobertura de chocolate; b) chocolate sob todas as formas; c) cacau em pó; d) chocolate em pó e; e) balas e confeitos.

Importante destacar o seguinte trecho, revelador do mecanismo de definição do mercado relevante material pela análise da oferta, para posterior comparação:

...no que diz respeito ao cacau em pó e chocolate em pó, considerando que a diferença básica entre os dois produtos é a adição de açúcar e não é necessário nenhum investimento específico em maquinário, definiu-se, pelo lado da oferta, como um único produto: chocolate em pó.³²⁵

Nesse mesmo sentido, convém destacar que a Secretaria incluiu em um mesmo mercado relevante os produtos artesanais e os industrializados, ainda, sob o espectro geográfico, rejeitou os argumentos dos requerentes, definindo o mercado relevante como sendo o nacional.

A conclusão final do parecer pode ser assim descrita:

³²⁴ A cópia integral do Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico pode ser obtida em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000243891407.pdf> Acesso em 16 de agosto de 2009.

³²⁵ Idem.

...dos fatos apresentados até agora observa-se que, se a indústria apresentar diferenciação de produtos, os resultados teóricos indicam que existe a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma resultante e, além disso, que não seria ótimo para a única rival contestar este aumento de preços. O mercado de chocolates poderia alcançar um novo equilíbrio a preços mais altos do que os atuais. Além disso, dadas as eficiências econômicas apresentadas pelas Requerentes, os ganhos de eficiência decorrentes da operação não seriam justificáveis para aprová-la.

Por outro lado, pesquisas de opinião junto aos consumidores representativos dos segmentos problemáticos (tabletes e caixa de bombons) indicam que a fidelidade à marca entre as três principais firmas desta indústria não é evidente. Aparentemente, o consumidor destes produtos considera como equivalentes os produtos oferecidos pela Nestlé, Lacta e Garoto.

Ainda que tais trabalhos apresentem métodos que não encontram apoio na teoria econômica como estimadores da curva de demanda do mercado, seus resultados deixam em aberto a seguinte questão: **os produtos relevantes ofertados pelas empresas Nestlé, Garoto e Lacta podem ser considerados, de fato, produtos diferenciados entre si?** Devido à inviabilidade na precisão da elasticidade da demanda do chocolate, os valores de *diversion ratio* estimados pelos estudos apresentados indicam que os mercados de tabletes e caixa de bombons entre as três firmas supracitadas poderiam ser considerados de produtos homogêneos. Logo, partiríamos para um caso de uma indústria de produtos homogêneos competindo em Bertrand. Consequentemente, a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma resultante seria nula, e o ato deveria ser aprovado.³²⁶ (destacou-se)

Ao final, a Secretaria, ainda que não tenha adotado o mercado relevante mencionado pelos agentes econômicos envolvidos, conclui pela aprovação do ato de concentração com restrições.

4.3.1.3 O Parecer da Secretaria de Direito Econômico - SDE

Para essa Secretaria, os mercados relevantes não podem ser definidos como apresentados; ao invés da tripartição apresentada pelos agentes econômicos, a Secretaria considerou que existem 11 (onze) mercados distintos, o que, como consequência, gera uma maior concentração.³²⁷

Separaram-se, então, os seguintes mercados relevantes sob a ótica do produto:

a) balas e confeitos; b) chocolates em pó; c) achocolatados em pó; d) cobertura de chocolate sólida; e) cobertura de chocolate líquida; f) chocolates de consumo imediato;

³²⁶ Idem.

³²⁷ A cópia integral do Parecer da Secretaria de Direito Econômica pode ser conseguida em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561162.pdf> Acesso em 15 de agosto de 2009.

g) tabletes entre 101g a 400g; h) tabletes entre 401g a 500g; i) ovos de Páscoa; j) caixas de bombons; k) chocolates artesanais.

Para o efeito comparativo pretendido, lembre-se que no parecer anterior, os produtos cacau em pó e chocolate em pó foram considerados dentro de um mesmo mercado relevante, quando vistos sob os auspícios da oferta; porém, quando vistos pela demanda, o parecer agora analisado concluiu que “os produtos cacau em pó e chocolate em pó pertencem a mercados relevantes distintos, por não serem substituíveis em muitos usos, sendo que, sob a ótica do consumidor de produtos *diet*, esses dois produtos não apresentam qualquer substitutibilidade.”³²⁸

Aliás, contrariando o parecer anterior, decidiu-se pela separação entre produtos industrializados e artesanais, pelo fato de que:

...os chocolates artesanais não estão presentes nos mesmos locais de venda dos chocolates industriais porque os produtores artesanais não possuem capacidade distributiva. Ainda que esse fato não fosse suficiente por si só para determinar a definição de um mercado distinto, temos que os chocolates artesanais atendem, muitas vezes, a necessidades distintas, são ofertados em formatos distintos (trufas, bombons de licor, bombons com recheio perecível) e, por fim, são vistos como diferenciados pelo consumidor, por estarem mais associados aos chocolates de fabricação caseira do que aos chocolates ofertados pelas grandes indústrias. Define-se, assim, o mercado relevante de chocolates artesanais.

Por fim, o parecer final foi pela aprovação com restrições, já que “independentemente da forma pela qual se manifeste o poder de mercado das Requerentes (unilateral ou coordenadamente), os consumidores e os clientes finais (caso das coberturas) podem ser prejudicados com a aprovação desta operação na forma em que se apresenta.”³²⁹ (destacado no original)

Daí que se percebe, de plano, a contrariedade de entendimento; enquanto uma Secretaria entende pela existência de um mercado relevante do produto mais amplo, outra o restringe excessivamente.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Idem.

4.3.1.4 Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

A autarquia concorrencial, seguindo em maioria o voto do Conselheiro Thompson Almeida Andrade³³⁰, definiu como mercados relevantes: a) balas e confeitos sem chocolate; b) achocolatados; c) coberturas de chocolate e; d) chocolates sob todas as formas.

Vale dizer, o Conselho entendeu existente uma quarta variante para o mercado relevante material ou do produto; optando, para o geográfico, pelo mercado nacional, em detrimento do Mercosul.

Destaca-se que foram incluídos nos mercados relevantes sob todas as formas os ovos de páscoa, já que utilizado o modelo da oferta (produção), e excluídos os chocolates artesanais, utilizando-se o modelo da procura (consumo).

Vê-se assim que ao optar pela desconstituição do ato de concentração, a autarquia da concorrência baseou-se em mercados relevantes não similares aos propostos pelas partes envolvidas ou mesmo pelos definidos por suas Secretarias, alternando em defini-lo ora pelo lado da oferta, ora pelo lado do consumo; ressalta-se o óbvio: se fossem outros os mercados definidos, o ato analisado poderia ter sido aprovado, já que a concentração seria menor, assim como seria menor, via de consequência, a possibilidade de abusar de uma posição dominante.

4.3.2 Outros Casos

Não só no caso acima apresentado o mercado relevante foi primordial para a aprovação, reprovação ou aprovação com condições de um determinado ato de concentração; em vários outros a demarcação daquele, seja pelo lado da oferta ou do consumo, seja pela utilização das técnicas apresentadas (tais como da tese do monopolista hipotético ou da elasticidade cruzada), foi o principal ponto de discordância entre os agentes econômicos e as autoridades concorrenciais.

³³⁰ A cópia integral do Voto do Conselheiro Thompson Almeida Andrade por ser obtida em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821351.pdf> Acesso em 17 de agosto de 2009.

Para exemplificar a questão, destaca-se o exemplo mencionado por Aldo FRIGNANI³³¹, onde a autoridade antitruste europeia considerou que pneus novos colocados diretamente em caminhões estão em mercado relevante material diverso daqueles utilizados para substituição, sendo esses também novos; a posição foi justificada por entender-se que os primeiros são vendidos aos construtores dos caminhões e os segundos para os distribuidores autorizados.

Claro, então, que fora utilizada a percepção de mercado relevante material focado na procura (no consumo direto do bem), já que se fosse considerado pelo lado da oferta, fatalmente o resultado seria a definição de um mercado relevante único.

Situação semelhante foi descrita pelo mesmo autor³³² quando da verificação pela autoridade de que o açúcar industrial e o vendido a retalho não participavam de um mesmo mercado relevante; a justificativa, novamente, baseou-se na posição do destinatário final do produto, já que um tipo de açúcar era vendido para outros empresários e o outro para consumidores domésticos.

Por outro lado, diz Paula Andréa FORGIONI³³³ que em determinado caso foi decidido que a cola em bastão encontra-se em mercado relevante material diverso da cola líquida; ora, é flagrante que pelo lado do consumidor (demanda) ambas as colas destinam-se à mesma função, encontrando-se em um mesmo e único mercado relevante, já pelo lado da oferta (produção), encontram-se em mercados relevantes distintos, posto que o sistema produtivo não pode ser adaptado, sendo diferentes tanto a forma de produção, como de embalagem e distribuição.

Pelo exposto, não só pelos exemplos analisados, mas também pelos conceitos trazidos anteriormente³³⁴, é de se concluir que na aplicação desses a autoridade antitruste poderá adequar uma determinada decisão em uma posterior avaliação do mercado; ou seja, poderá aquela primeiro decidir se aprovará, reprovará ou aprovará com restrições determinado ato de concentração submetido à análise, e somente após determinar o conceito de mercado relevante que foi utilizado.

³³¹ FRIGNANI, Aldo. **Diritto Antitrust Italiano**. *Apud*: FORGIONI, op. cit., p. 246

³³² FRIGNANI, Aldo. **Diritto Antitrust Italiano**. *Apud*: FORGIONI, op. cit., p. 247

³³³ FORGIONI, op. cit., p. 247

³³⁴ *Cf.* tópico “2.2”

Dito de outra forma, a insegurança jurídica é característica intrínseca ao próprio sistema, já que o Conselho poderá decidir por um ou outro mercado relevante com base em conceitos justificados e aceitos por uma ou outra parte da doutrina, ou mesmo em métodos e fórmulas matemáticas que podem não necessariamente estar de acordo com o próprio direito envolvido.

4.4 OS MÚLTIPLOS INTERESSES PROTEGIDOS

A atual legislação antitruste, logo no *caput* do seu primeiro artigo³³⁵, dispõe que a aplicação daquela será focada nas premissas constitucionais das liberdades de iniciativa e concorrência, na função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico; aliás, a legislação, como já visto anteriormente, deve sempre submeter-se à interpretação sistemática e de hierarquia constitucional.

É nesse sentido que expõe Paula Andréa FORGIONI³³⁶, ao considerar que o atual contexto normativo retrata:

...uma multiplicidade de interesses que reclamam proteção jurídica, e que implica, como é logo de se perceber, mais um dos meios de que dispõe a autoridade para, utilizando-se das possibilidades que são dadas pela lei, concretizar uma política econômica, mediante a opção por um desses interesses.

Assim, a partir do momento em que, em um caso concreto, decide-se declarar determinado interesse como digno de tutela jurídica, temos que todos os outros interesses, que se abrigam nas mesmas normas, não são inválidos ou ineficazes, mas apenas é afastada a sua tutela naquele caso concreto.

A mitigação de um interesse em prol de outro, ou mesmo de uma regra ou princípio em detrimento de outro, é característica do modelo interpretativo sistemático e hierarquizado aceito pela doutrina nacional; todavia, tal modelo não pode e nem deve servir de fomento para a insegurança jurídica.

³³⁵ Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

³³⁶ FORGIONI, op. cit., p. 262/263

Dito de outro modo, releva-se que a legislação antitruste protege muitos interesses, uns de forma imediata e outros de forma mediata³³⁷; todavia, apesar da distinção referida, a autoridade antitruste pode acabar conformando suas decisões com uma determinada solução previamente definida e em desacordo com os interesses imediatamente tutelados (livres iniciativa e concorrência).

Para elucidar a questão, o próprio Conselho, na pessoa de seu ex-presidente João Grandino Rodas, manifestou-se pela aprovação com restrições de determinado ato de concentração³³⁸ também focado na função social da propriedade e na proteção ao trabalhador³³⁹, quando assim se manifestou³⁴⁰:

...outra questão de bastante relevância no meu posicionamento, no sentido da aprovação da operação, embora com restrições, é **a manutenção dos postos de trabalho, preservando a função social da propriedade, inerente à Lei antitruste (art. 1º), onde o legislador deixa bastante claro o pressuposto da garantia do nível de emprego dentre as suas preocupações.** Entendo, também, que a concorrência no panorama mundial hodierno é caracterizada por forte rivalidade e competição. Neste contexto, reduzir custos operacionais, de produção e outras variáveis, tornando as empresas mais competitivas, gerando maior benefício ao consumidor final e mantendo o nível pleno de emprego, é um ideal de difícil alcance, embora salutar para o mercado. Porém, **a preocupação social, ingrediente de preocupação do legislador, não deve ser esquecida quando da análise de operações como esta, procurando o julgador fazer o possível para minimizar seus efeitos no sentido de acarretar o aumento de desemprego no mercado.** (destacou-se)

Nesse mesmo ato de concentração, o Conselheiro Thompson Almeida Andrade, analisando pedido de reapreciação do mérito da decisão anterior do Conselho, apresentou a seguinte indagação:

³³⁷ Diz Paula Andréa FORGIONI que “a partir no momento em que a livre concorrência é protegida, tutela-se o consumidor, o que é, sem dúvida, na maioria das vezes, verdadeiro. Ademais, em decisões antitruste em que se tem a preocupação (imediata) da tutela da livre concorrência, a proteção (mediata) ao interesse do consumidor, quando existente, é não raro utilizada como elemento argumentativo.” (FORGIONI, op. cit., p. 294/295) É por isso que a mesma doutrinadora conclui que “a tutela do consumidor é apenas mediata, ao passo que a livre iniciativa e a livre concorrência são bens imediatamente tutelados.” (FORGIONI, op. cit., p. 295)

³³⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 de abril de 2009.

³³⁹ Relembrando o sistema norte-americano, diz a doutrina que a proteção do empregado de uma forma geral não é imediatamente reconhecida pela legislação, a não ser que o trabalho seja ele mesmo um empreendimento comercial ou empresarial. (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, op. cit., p. 63)

³⁴⁰ A cópia integral do Voto do ex-presidente do Conselho, João Grandino Rodas, pode ser adquirido em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000301681530.pdf> Acesso em 18 de abril de 2009.

...a questão básica que se coloca para consideração é a seguinte: o que é melhor para os consumidores: a existência da Garoto em sua forma integral, restaurada na sua condição de competidora (pela decisão de desconstituição total o AC anterior, conforme já decidido pelo CADE), ou da Garoto desmembrada em duas partes, uma se integrando à Nestlé e a outra (sem a marca Garoto) vindo a constituir, com parte dos produtos da Nestlé, uma 3ª. empresa (proposta de um novo AC feito agora pela Nestlé)? (destacou-se)

As duas decisões acima mencionadas, lembrando que remontam a um mesmo ato de concentração, esclarecem bem a multiplicidade de argumentos para possível utilização quando do julgamento pela autoridade antitruste.

Por um lado, a lei que rege a matéria é considerada como protetiva das livres iniciativa e concorrência; por outro, não deve ser descartada a sua interpretação sistemática com outros diplomas normativos e especialmente com a Constituição (consequentemente, a interpretação deve também pautar-se, ainda que de forma mediata, nos princípios da função social e da busca pelo pleno emprego).

Especialmente quanto aos interesses dos consumidores, não obstante o fato da doutrina entender que a sua defesa é mediata³⁴¹, ou seja, deriva da proteção imediata das livres iniciativa e concorrência, ousa-se dizer que a tutela do consumidor é também imediata.

Justifica-se essa interpretação pela análise do artigo 54, §1º, II, da Lei Antitruste³⁴², onde há expressa previsão da distribuição dos benefícios advindos não só entre os agentes econômicos envolvidos, mas também entre os consumidores.

³⁴¹ FORGIONI, op. cit., p. 295

³⁴² Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

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

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

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

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

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

Ora, se os atos de concentração que tragam alguns efeitos anticompetitivos podem ser autorizados pela autoridade se, e somente se: apresentarem outros efeitos benéficos (aumento de produtividade, qualidade ou outras eficiências), distribuírem os benefícios entre os consumidores e desde que não eliminem parte substancial da concorrência; parece clara a intenção da legislação em imediatamente proteger não só as livres iniciativa e concorrência, mas também o consumidor.

Quer-se dizer, daí, que ao se estabelecer como condição para aprovação de um certo ato de concentração a distribuição dos benefícios entre os consumidores, necessariamente se está dizendo que a proteção àqueles princípios de índole mercadológica não basta, não supre ou não conduz (não gera o efeito por si só) a aprovação do ato analisado.

É de se destacar novamente que a proteção ao consumidor de forma imediata também é prescrita pela doutrina norte-americana, como novamente bem esclarecem as palavras de Roberto Heron BORK³⁴³, no sentido de que “o único objetivo que deve guiar a interpretação das leis antitruste é o bem-estar do consumidor”; inclusive, entendendo-se a proteção (talvez exacerbada ao consumidor), diz o doutrinador que a legislação antitruste deveria permitir as recusas de contratar, preços predatórios, da mesma forma como não deveria se preocupar com todas as concentrações verticais e conglomerados, já que em última análise referidos atos e contratos trariam benefícios diretos aos consumidores.³⁴⁴

Deve-se levar em conta, ainda, que outras possibilidade estão igualmente abertas para discussão, dentre elas, podem-se destacar a defesa da propriedade intelectual e até mesmo do meio-ambiente.

No direito concorrencial europeu, a defesa do meio-ambiente é utilizada pela autoridade quando vai decidir sobre um determinado ato, como bem lembra José Antônio Farah Lopes de LIMA³⁴⁵:

...ao procurar executar uma certa política ambiental, a Comissão tem encorajado a ‘elaboração de acordos voluntários que procurem atingir os objetivos ambientais enquanto respeitam

³⁴³ BORK, op. cit., p. 405

³⁴⁴ BORK, op. cit., p. 405/406

³⁴⁵ LIMA, op. cit., p. 151/152

também as regras concorrenciais comunitárias'. Estes acordos entre empresas podem reforçar e respeitar a regulação comunitária de proteção ambiental. Como resultado, certos acordos têm recebido isenção com base no artigo 81(3) quando eles reduzem o volume de material plástico não reciclável e também quando reduzem os riscos ambientais.

Imagina-se, partindo da explanação retro, se seria possível ao Conselho decidir com base na proteção ao meio-ambiente em determinado caso; por exemplo, ordenando a desconstituição de um ato de concentração entre duas grandes montadoras de carros poluidores ou mesmo proibindo um acordo vertical entre a produtora de peças e aquela montadora de carros mais poluidores.

A resposta parece ser negativa, já que a própria legislação antitruste determina no seu artigo 7º, inciso I³⁴⁶, que compete ao Conselho zelar e observar os ditames daquela lei; assim, como a mesma não tem como finalidade a proteção do meio-ambiente, uma decisão que adotasse aquela finalidade como fim último seria nitidamente ilegal.

Todavia, um suposto ato de concentração autorizado pela autarquia concorrencial e que levasse a exaltação do mercado relevante de carros poluidores poderia, salvo melhor juízo, ser questionado junto ao Poder Judiciário; esse, diante do leque interpretativo disponível e fundado em bases constitucionais poderia, sendo o caso, declarar a nulidade da decisão daquela autarquia.

Tem-se, a partir do caso exposto, que é flagrante não a colisão, mas as várias interpretações de que pode se valer a autoridade antitruste quando for decidir um ato à ela submetido; isso, aliás, conduz de forma inerente ao incremento da insegurança jurídica.

4.5 EFEITOS DAS INEFICIÊNCIAS APONTADAS

No decorrer da exposição, viu-se que as decisões do Conselho são, em sua maioria, atos administrativos vinculados, portanto, o Poder Judiciário pode exercer controle pleno do ato, já que seu fundamento é inteiramente derivado da lei.

³⁴⁶ Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

Da análise da jurisprudência nacional, percebeu-se que a situação não é pacífica no Poder Judiciário, tendo em vista que por vezes há intervenção direta e profunda, analisando todos os aspectos do ato administrativo, e por vezes há uma avaliação superficial, levando em consideração a especialidade e autonomia do ente, assim como a falta de preparo dos juízes em relação a temas que exigem conhecimento especializados. As liminares, da mesma forma, são as mais variadas, ora suspendendo ou anulando, ora chancelando as decisões do CADE.

Igualmente, comprovou-se que a autoridade antitruste pode, para dirimir uma determinada situação, basear-se em vários métodos para a definição do mercado relevante geográfico e material, como pode também optar pela exaltação de um determinado interesse ou mesmo justificar a decisão com base na razoabilidade (regra da razão).

Todos os fatos lançados acarretam (não exclusivamente, mas principalmente) duas conseqüências distintas: a primeira, de que há um incremento nos custos de transação, especialmente gerado pela insegurança jurídica e pela ausência de confiança nas estruturas do próprio Estado; a segunda, que está plenamente caracterizada uma crise da jurisdição, vinculada intrinsecamente à falta de efetividade das decisões do CADE.

4.5.1 Aumento dos Custos de Transação

Os custos de transação, considerados como aqueles “custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”³⁴⁷, vale dizer, custos diretos e indiretos, não necessariamente representáveis monetariamente, são majorados quando há uma incerteza quanto as “regras do jogo”; ou seja, quando os agentes econômicos encontram um ambiente de incertezas ou de regras mutáveis, tendem a tomar medidas

³⁴⁷ SZTAJN, Rachel. Externalidades e Custos de Transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado Moderno**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 320

preventivas ou mesmo desconsiderar a realização de um negócio, caso o benefício envolvido não compense o prejuízo que poderá ser tomado.

Nas palavras de Luciano Benetti TIMM e Rafael Bicca MACHADO³⁴⁸:

...o Direito importa para o funcionamento do mercado porque a eficiência das trocas econômicas depende de um baixo custo de transação e de uma clara atribuição da propriedade. Tanto o é que países de altos custos de transação - caracterizados pela pouca confiança interpessoal, por um judiciário lento e ineficiente - como de regra os países latino-americanos, tendem a se desenvolver menos.

Ora, se uma instituição financeira não sabe ao certo para quem apresentar um ato de concentração, se ao Conselho ou ao Banco Central, ou se para ambos, considerando-se ainda que no processo judicial em que discute a questão cada instância judiciária entendeu de um jeito e que a final instância ainda não se decidiu, mesmo ultrapassados quase 10 (dez) anos de andamento processual³⁴⁹, não pode ela mensurar corretamente os riscos e benefícios daquele ato.

Eventualmente, cogite-se que seja prescrita a desconstituição do ato; essa simples decisão judicial influenciará de forma negativa o mercado e a economia, isso se já não influenciou, considerando-se que os agentes econômicos envolvidos (bancos) fatalmente já repassaram aos consumidores referidos custos de transação.

Destarte, se a confiança entre as pessoas e entre as instituições de determinado ambiente econômico é essencial para o melhor desenvolvimento das relações econômicas³⁵⁰, pode-se afirmar que a morosidade e as decisões baseadas em premissas amplas (portanto, de pouca credibilidade e contornadas por um ambiente de insegurança), tais como a proporcionalidade e a razoabilidade, certamente influenciarão as decisões dos agentes econômicos, fazendo com que o desenvolvimento de uma determinada atividade torne-se inviável ou dificultado, trazendo prejuízos ao incremento do bem-estar econômico da sociedade como um todo.

³⁴⁸ TIMM; MACHADO, op. cit., p. 9

³⁴⁹ Sobre o tema, cf. item “4.1.4.2.1”.

³⁵⁰ TIMM; MACHADO, op. cit., p. 5

4.5.2 Crise da Jurisdição

Como exposto, existe atualmente uma crise na jurisdição, ou seja, sobre o poder de aplicação do direito visando a solução de conflitos, especialmente em relação ao abuso do acesso ao judiciário. Tal crise acarreta para a sociedade como um todo diversos prejuízos cujo rol, não taxativo, mas exemplificativo, buscar-se-á discorrer.

4.5.2.1 Acesso à Justiça: Abuso no Direito de Recorrer

É certo que a Constituição prevê o acesso ilimitado ao judiciário na busca para evitar lesão ou ameaça de lesão a direito; porém, quando passa pelo crivo do judiciário o controle de toda e qualquer decisão do CADE, em verdade, pode transparecer verdadeiro abuso no direito de recorrer, em nítido prejuízo social e econômico.

Há um conflito de princípios constitucionais, já que não basta a garantia à tutela judicial, mas sim que esta tutela traga resultado útil, efetivo. Paulo Henrique dos Santos LUCON³⁵¹, em parecer emitido sobre um caso de intervenção judicial nas decisões do CADE, assim se manifesta:

A razão de ser do processo está na aptidão de atuar na vida das pessoas de modo mais justo e no menor espaço de tempo possível. Os resultados obtidos por meio do processo devem então, cumprir o binômio justiça-utilidade.

O abuso no direito de recorrer viola a garantia da tutela jurisdicional justa e útil, insculpida no art. 5º, XXXV. Esse dispositivo não assegura apenas o acesso formal aos órgãos jurisdicionais, mas deve procurar garantir o resultado substancialmente justo do processo. Tudo resume-se a preservar a chamada ‘ordem jurídica justa’, entendida aqui como um verdadeiro canal de abertura de caminhos para obter soluções justas para os conflitos e eliminação de estados de insatisfação - justas porque conformes com os padrões éticos e sociais de toda a nação.

Conclui o mesmo autor³⁵² prescrevendo que “o dilema situa-se entre duas posições antagônicas e inconciliáveis: intervir a favor do recorrente ou abster-se de

³⁵¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. n. 157. São Paulo: RT, 2008, p. 367

³⁵² Idem.

proceder a esta intervenção, evitando que a sociedade sofra coma falta de efetividade das decisões do CADE.”

Portanto, o acesso à justiça, neste caso específico, deve ser visto sob os auspícios da efetividade do processo; ora, fato é que o processo não pode ser usado com intuito protelatório, deve-se ter em mente que “agir de forma leal é um dever jurídico e seu descumprimento é por si só caracterizador da litigância de má-fé.”³⁵³

Frise-se, não é só porque a parte pode recorrer ao judiciário é que efetivamente o deve fazê-lo, ou seja, o processo e a técnica judicial não podem sobrepujar o valor máximo da justiça ou os valores éticos em jogo.

É nesse sentido que caminha a lição de Alberto G. SPOTA³⁵⁴, quando relata que “não basta que no processo se observem as regras técnicas, seu aspecto formal; é necessário que concorde a atitude de cada litigante com a incolumidade dos valores jurídicos e sociais em jogo, em particular o valor da justiça, para que assim se concretize a vontade da lei.”

Em síntese conclusiva, quer-se dizer que as decisões do CADE podem sofrer intervenção judicial desde que o processo movido pelo prejudicado tenha fortes indícios referentes ao vício formal e material daquela decisão, ou seja, compete às partes e ao próprio judiciário a verificação, caso a caso, da necessidade da ingerência estatal, principalmente para que não se obstaculize o cumprimento das decisões do ente especializado ou acabe por se criando no judiciário uma instância de homologação das decisões administrativas.

4.5.2.2 Insegurança Jurídica e Sentimento de Impunidade

Outro ponto que merece destaque é que a busca incessante pela solução judicial em detrimento da solução administrativa, obtendo as mais variáveis decisões, como já

³⁵³ DORIA, Rogéria Dotti. A Litigância de Má-fé e a Aplicação de Multas. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006, p. 649

³⁵⁴ SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 17

visto, acaba por gerar insegurança jurídica para os empresários atuantes e, de uma maneira geral, para toda a sociedade. Esses sentimentos de insegurança e de incerteza podem trazer outro grande problema social: o sentimento de impunidade.

A ineficiência das decisões do CADE provoca um sentimento geral de impunidade, onde as “pessoas acabam desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem inteiramente e obtém manifestas vantagens, das mais variadas naturezas.”³⁵⁵

Ora, se a possibilidade de punição pela infração legal é quase nula ou pode ser em muito tempo postergada pelo Poder Judiciário, o descumprimento da lei será muito maior e os empresários poderão se aproveitar desta lacuna (ou deste lapso temporal) para obter os mais variados benefícios, acarretando uma crise de legitimidade do Estado Democrático de Direito.

É nesse sentido que leciona Marcelo Neves³⁵⁶, quando discorre sobre a impunidade no Estado brasileiro:

...enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo dos privilégios dos sobreintegrados juridicamente. Estes podem orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressões à ordem jurídica. A conexão ente legalismo e impunidade obstaculiza a estruturação de uma esfera pública de legalidade e, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito.

Deve-se concluir, portanto, que o sobreintegrados juridicamente (empresários com melhores condições de contratar os mais renomados juristas), poderão conduzir as suas ações e obter benefícios, mesmo aqueles em princípio proibidos pela legislação, em frontal violação à ordem jurídica e a Lei Antitruste, já que contarão com a quase certeza da inexistência da punição ou de uma punição protelada no tempo, portanto, ineficaz.

³⁵⁵ LUCON, op. cit., p. 366

³⁵⁶ NEVES, op. cit., p. 255

4.5.2.3 Prejuízos Econômicos e Sociais

Nos tópicos anteriores, descreveu-se as falhas processuais; conseqüentemente, analisou-se o abuso no direito de recorrer a um judiciário cada vez mais mutável, gerando insegurança jurídica e sentimento de impunidade.

Todos esses fatores são extremamente prejudiciais à economia e sociedade, já que “são favorecidas a especulação e a insolvência, acentuando-se as diferenças entre aqueles que podem esperar (e tudo têm a ganhar com a demora da prestação jurisdicional) e os que têm muito a perder com a excessiva duração dos processos.”³⁵⁷

A sociedade, os agentes econômicos e os consumidores, destinatários finais da proteção ao mercado e à concorrência, não podem aguardar a sentença judicial, ainda mais quando, liminarmente, é deferida a suspensão dos efeitos das decisões das autoridades antitruste.

Assim, a decisão do CADE, principalmente porque constitui sua obrigação à defesa da concorrência, considerando-se a autonomia e auto-executoriedade daquela, deve ser respeitada, posto que o seu descumprimento gerará fatalmente prejuízos econômicos, tais como a possibilidade de manutenção de um cartel ou de determinada atitude empresarial que ofenda os princípios das livres iniciativa e concorrência.

³⁵⁷ LUCON, op. cit., op. 366

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, consubstanciado nos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais colacionados, pode-se concluir que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência apresenta ineficiências que causam ou podem causar insegurança jurídica e, como conseqüência, aumentos dos custos de transação e crise da jurisdição; ou seja, inexistência de efetividade sócio-econômica no processo de averiguação de um certo ato de concentração empresarial.

Isso, porque as autoridades antitruste nacionais, no âmbito de suas competências, podem decidir sobre a aprovação, reprovação ou aprovação com restrições de determinado ato de concentração empresarial fundando-se em muitas premissas ou mesmo em princípios de interpretação bastante ampla; aliás, podem decidir usando um ou outro conceito de mercado relevante (geográfico ou do produto, demarcado pelo viés do consumidor ou do produtor), assim como a própria razoabilidade (regra da razão).

E, mesmo que se considere que referida decisão da autoridade esteja em conformidade com a legislação antitruste ou a própria ordem econômica nacional, ainda assim não é possível agregar àquela decisão conteúdo final, já que pode haver intervenção direta do Poder Judiciário nessa deliberação, posto que tem natureza jurídica de ato administrativo vinculado (de ampla revisão, portanto).

Como visto, essas ineficiências não são somente percebidas no direito nacional, mas também no âmbito do direito norte-americano e do europeu. No primeiro, o controle dos atos de concentração é eminentemente judicial, ou seja, não há uma instância administrativa obrigatória, fazendo com que a morosidade do sistema prejudique a atuação dos agentes econômicos; ainda, o poder de autorizar ou não uma determinada prática está nas mãos dos juízes, fato que pode trazer um acúmulo de poder muito grande para aquela esfera de poder.

Não obstante, a falta de competências precisamente definidas para a atuação do *Federal Trade Commission* e do Departamento de Justiça traz ineficiência para o sistema como um todo (sobreposição de trabalho e decisões conflitantes, por

exemplo); também, a ausência de um objetivo definido pode acarretar decisões antagônicas, como as proferidas em casos de preços predatórios, por exemplo, em que um juiz pode entender que a conduta não ofende a concorrência, já que beneficia o consumidor, e outro pode entender como proibida, pelo viés da defesa do mercado e da livre iniciativa.

Já no direito antitruste comunitário, os objetivos são mais bem definidos, caracterizam-se pela defesa das quatro liberdades básicas: livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais. Isso, porque a defesa dessas quatro liberdades é um poderoso instrumento (meio) para a promoção do progresso econômico e social, fundado em um desenvolvimento equilibrado e sustentável (fim almejado pela comunidade).

As autoridades responsáveis pelo controle dos atos de concentração que atraíam a incidência do direito comunitário assemelham-se ao direito nacional, parecendo ser correto dizer que a Comissão em muito se parece com o Conselho, excetuando-se o fato de que no direito antitruste europeu existe uma instância recursal (Tribunal) e no nacional esse grau recursal é expressamente coibido pela legislação.

Desta forma, transparecem nítidas as ineficiências não só no modelo concorrencial nacional, mas também nos alienígenas; todos, sem exceção, apresentam certos equívocos na forma de atuação das suas autoridades ou fundam-se, por exemplo, em premissas maleáveis, fato que torna o controle dos atos de concentração empresarial impreciso, fazendo incrementar os custos de transação.

Ora, se as livres iniciativa e concorrência são princípios-meios para a promoção de uma ordem econômica fundada na valorização última do princípio da dignidade da pessoa humana (consoante premissas traçadas para o direito nacional), parece correto dizer que quando é eficiente esse meio, será igualmente eficiente a busca pelo fim almejado.

Dito de outra forma, tem-se que é importante que a legislação aplicável pelas autoridades antitruste e pelo próprio Poder Judiciário, independente do sistema estudado, seja suficientemente clara e precisa para promover o bem-estar social. O ideal, então, seria que a aplicação daquela legislação busque também a eliminação das

incertezas, para que seja eficiente a busca pela promoção do bem-estar econômico e social, derivada da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul & União Européia: estrutura jurídico-institucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martinez de. *El derecho civil a finales del siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A Educação e a Dignidade da Pessoa Humana. *In*: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text and cases**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado Moderno: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARADWAJ, Babu G.; DUBOFSKY, David A.; FRASER, Donald R. **Defensive Acquisitions in the Banking Industry: the takeover premium hypothesis**. *Jornal of Economics and Finance*. vol. 20. number 2. Summer/1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** 7. vol. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos.** v. I. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Heremênutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado da pós-modernidade.** *In:* BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização.** Osasco: EDIFIEO, 2006.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007.

BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself.** New York: The Free Press, 1978.

BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, João Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CARVALHO, Ana Carolina de. O Controle Judicial das Decisões do Cade. *In*: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (coord.). **Intervenção do Estado no Domínio Econômico: temas atuais**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei Antitruste: (Lei nº 8.884 de 11.06.1994)**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEL CHIARO, José; SILVEIRA, João Marcos; LEMES, Selma Maria Ferreira. **Fundamentos e Objetivos da Legislação Antidumping**. *Revista de Direito Econômico*. n. 25, jan/jul. 1997.

DORIA, Rogéria Dotti. A Litigância de Má-fé e a Aplicação de Multas. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2006.

EFING, Antônio Carlos. **Direito Constitucional do Consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal**. *In* EFING, Antônio Carlos (coord.). **Direito do Consumo**. Curitiba: Juruá, 2002.

FARAH, Eduardo Teixeira. **A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social**. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (coord). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo : RtT, 2002.

FLYNN, John J.; FIRST, Harry; BUSH, Darren. **Antitrust: statues, treaties, regulations, guidelines and policies.** New York: Foundation Press, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito Antitruste e Regime das Concentrações empresariais.** São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.** São Paulo: RT, 2003.

GIDDENS, Anthony (org.). **Debate Global sobre a Terceira Via.** São Paulo: UNESP, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988.** 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ ; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a Empresa e o Contrato.** São Paulo: Malheiros, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **A Função Social da Propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade).** In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (coord.). **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais.** Curitiba: Juruá, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

LIMA, José Antônio Farah de. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

LIMA e SILVA, Valéria Guimarães de. **Direito Antitruste: aspectos internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos – parte general**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. n. 157. São Paulo: RT, 2008.

MATHIJSEN, P. S. F. R. **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 200.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **Ente Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA NETO, Mário. **Direito, Política, Economia das Comunidades Européias**. São Paulo: Aduanerias, 1994.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **O Antitruste e as Empresas Estatais**. Revista de Direito Mercantil, n. 138, 2005.

POPP, Carlyle. **A Responsabilidade Civil Pré-Negocial: o rompimento das tratativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

_____ ; Edson Vieira, ABDALA. **Comentários à Nova Lei Antitruste**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2007.

POSNER, RICHARD. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2002.

REIS, Clayton; VAZ, Wanderson Lago. **Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Jurídica CESUMAR. v. 7 n.1 (janeiro/junho de 2007). Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Concorrencial: As condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMAO NETO, Eduardo. **O Trust e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

SARDENBERG, Carlos Alberto. **Neoliberal, não. Liberal: para entender o Brasil de hoje e amanhã**. São Paulo: Globo, 2008.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Modern Edition. New York: HarperCollins Publishers, 2008.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Washigton Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, Mercado e Função Social**. Revista da AJURIS, n.º 103.

TOKARS, Fábio. Os Dois Lados da Eficiência Econômica. **O Estado do Paraná - Caderno Direito e Justiça**, 11 de junho de 2009, Curitiba. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br>> Acesso em 25 de agosto de 2009.