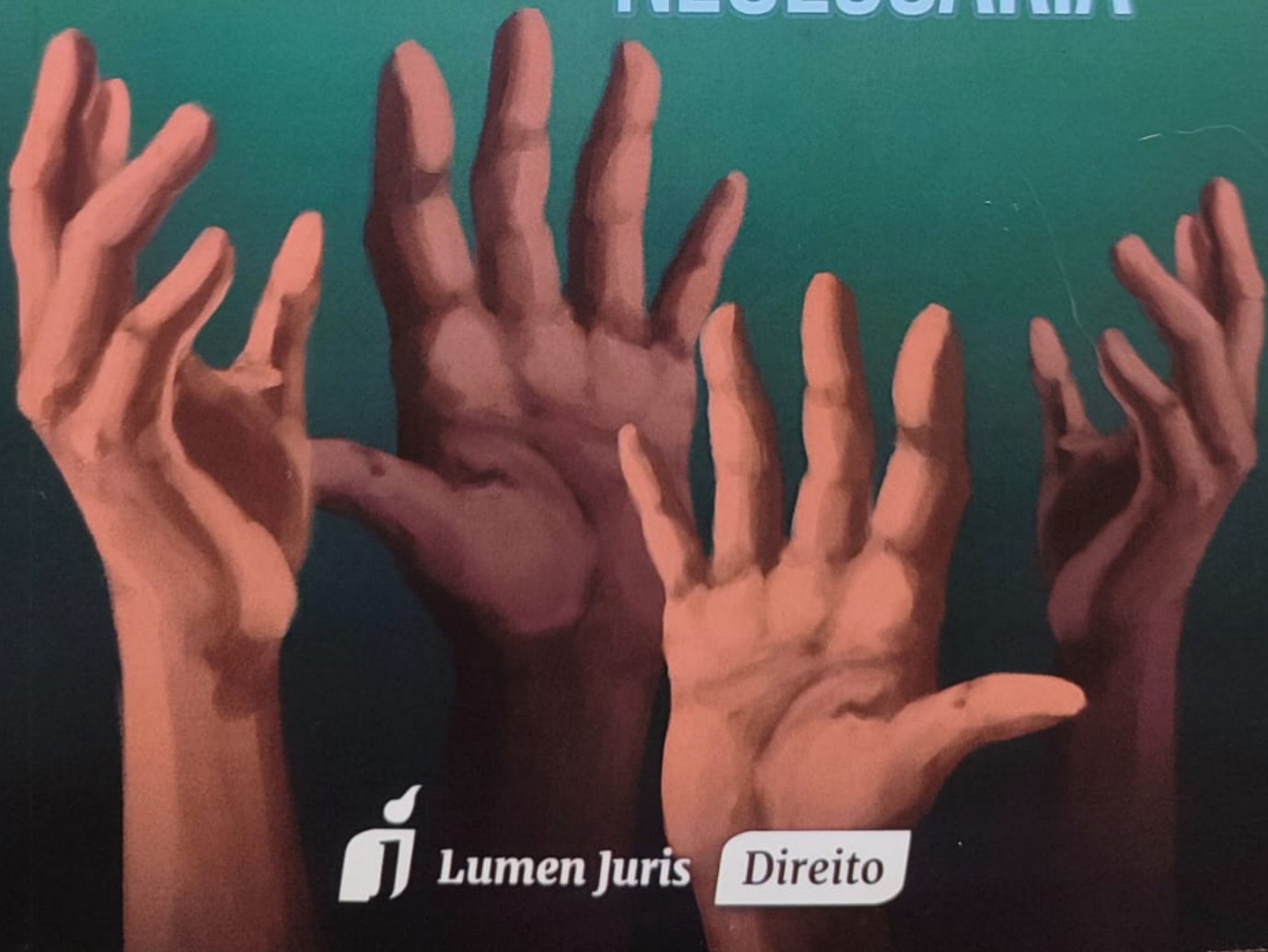


Rodrigo de Camargo Cavalcanti

O OLIGOPÓLIO NO ESTADO BRASILEIRO DE INTERVENÇÃO NECESSÁRIA



Lumen Juris

Direito

CADE:
O OLIGOPÓLIO NO ESTADO BRASILEIRO
DE INTERVENÇÃO NECESSÁRIA

Lumen Juris | Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Hélena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Sérgio André Rocha
Victor Gameiro Drummond
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Jurueña Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Cajó de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Centro – Rua da Assembléia, 36,
salas 201 a 204.
CEP: 20011-000 – Centro – RJ
Tel. (21) 2224-0305



São Paulo (Distribuidor)
Rua Correia Vasques, 48 –
CEP: 04038-010
Vila Clementino – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353





RODRIGO DE CAMARGO CAVALCANTI



CADE:
O OLIGOPÓLIO NO ESTADO BRASILEIRO
DE INTERVENÇÃO NECESSÁRIA

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2015



Copyright © 2015 by Rodrigo de Camargo Cavalcanti

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Ao Durval Cavalcanti, por tudo que simboliza, por todos que uniu e pela força de seu espírito, que continua e sempre continuará a nos iluminar em todos os passos de nossas vidas.



Dessa maneira, o Direito Econômico deve preservar a tutela de todas as dimensões dos Direitos Humanos em sua integralidade, preservando, assim, o núcleo essencial dos direitos em todas as suas dimensões e em cadeia de adensamento, sem que uma se sobreponha a outra ou seja mais importante que a outra.

Thiago Lopes Matsushita (2013).



Agradecimentos

A presente obra, com pequenas alterações, corresponde à íntegra da Tese do Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e só foi possível graças ao amor e ao carinho fraternos de todos os que me rodeiam. Cabem, assim, agradecimentos àqueles que pacientemente auxiliaram nesse percurso: vocês estão no meu coração, assim como muitos outros que não couberam nesta pequena síntese.

Primeiramente importa agradecer à **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, um lar de estudo e profissão ao qual dediquei (e buscarei sempre dedicar) boa parte da minha vida; assim como à **Capes**, pelo imprescindível suporte financeiro.

De relevância ímpar também a contribuição do Professor **Thiago Lopes Matsushita**, amigo e Orientador com “O” maiúsculo, por toda atenção, pelos conselhos sempre honestos e por me tutelar com a sua grandeza de espírito. Ao transmitir da forma mais atenciosa possível seus valiosos ensinamentos para o Direito e para a vida, juntamente com os Professores e também amigos **Lauro Ishikawa** e **Tulio Augusto Tayano Afonso**, conduziu-me afetuosamente pelos caminhos da profissão e da dignificação do ser humano.

Meus grandes amigos e companheiros de profissão **Juliana Ferreira Antunes Duarte**, **João Carlos Azuma**, **Gisella Martignago**, **Giselle Ashitani Inouye**, **Thiago de Carvalho e Silva e Silva**, **Camila Castanhato**, **Antonio Carlos Matteis de Arruda Júnior**, **Erica Taís Ferrara Ishikawa** e **Henrique Garbellini Carnio**, sem os quais essa obra não seria possível. Ao Professor **Willis Santiago Guerra Filho**, pelo apoio sempre presente e pelas lições que marcam eternamente as vidas daqueles que o escutam.

À minha companheira **Catherin Sosa Rodriguez**, pelo apoio, o carinho e o amor dedicados à mim durante a realização do presente trabalho e nesses intensos e verdadeiros anos.

Liliane Kijner Kern, pelo doce e confidente cuidado durante todos esses anos. Não há palavras suficientes para lhe agradecer. Agradecimento pleno também ao **Seu Hebert**, e à **Dona Maria Teresa**.

Aos meus eternos amigos **Gui Cassiano Vieira da Silva** e **Renato Leite Monteiro**, pelas conversas intermináveis sobre todos os temas possíveis, e também a **Thalita Catelani**, **Raul de Paula**, **Victor Fuzetti**, **Diego Costa**, **Thi Cavalcanti de Mello**, **Alvinho Cavalcanti da Costa Lima**, **Rafa Miranda**, **Léo** e **Bruno Rizzo**. **Gui**, **Victor**, **Raul**, **Rafa**, **Dandan**, pela música em meu espírito.

Rui e **Rafa**, pela paciência, zelo e competência com que cuidam da Pós-Graduação em Direito da PUC-SP.

Sumário

Apresentação.....	1
Introdução.....	3
1. O Direito Econômico como Feixe dos Direitos Humanos, e o Direito da Concorrência como Subespécie.....	7
1.1. A definição de direito econômico.....	7
1.2. Relação entre direitos humanos e direito econômico.....	11
1.3. Relação entre direito econômico e direito concorrencial.....	13
2. A Defesa da Concorrência e a Regra Matriz da Ordem Econômica Brasileira.....	17
2.1. O capitalismo como opção constitucional brasileira.....	23
2.1.1. A busca pelo lucro como base do capitalismo e a ordem jurídica.....	29
3. Por que Precisamos do CADE.....	35
3.1. Um retrato da defesa da concorrência nas constituições da república brasileira e o surgimento do CADE.....	42
3.2. Alguns aspectos sobre a estrutura do SBDC a partir da lei 8.884/94 e relevantes modificações pela lei 12.529/11.....	57
3.2.1. Algumas considerações e ditames da lei 8.884/94.....	57
3.2.1.1. Da competência dos órgãos do SBDC.....	58

3.2.1.2. Das infrações e das penas	61
3.2.1.3. Da medida preventiva e da apresentação do ato ao SBDC	65
3.2.2. Algumas considerações, ditames e alterações conforme a lei 12.529/11	68
3.2.2.1. Da competência dos órgãos do SBDC	69
3.2.2.2. Das infrações e das penas	73
3.2.2.3. Da medida preventiva e da apresentação do ato ao SBDC	74
3.3. Duas decisões paradigmáticas do CADE a partir de 1994	77
3.3.1. Caso Ambev	77
3.3.1.1. Análise da Secretaria de Direito Econômico	77
3.3.1.1.1. A SDE e as eficiências	82
3.3.1.2. Análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	91
3.3.2. Caso Nestlé/Garoto	99
3.3.2.1. Análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	100
4. Atos de Concentração	107
4.1. Definição legal e diretrizes do SBDC	107
4.2. Os efeitos negativos dos atos de concentração, o direito de propriedade e o princípio do não retrocesso social: efetividade do estado de intervenção necessária	114
4.2.1. Dirimindo externalidades negativas e a negociação sob o instituto do direito de propriedade	114

4.2.2. O direito de propriedade e a eficácia do princípio do não retrocesso social nos atos de concentração: dirimir externalidades como função social privada e proposta de mediação e incentivos estatais	124
5. Teoria do Oligopólio	139
5.1. Oligopólio: Uma realidade no ambiente concorrencial brasileiro	157
5.2. O oligopólio e a escola de Chicago.....	167
5.3. A mera possibilidade da colusão tácita enquanto infração da ordem econômica	190
5.3.1. Principais condições favorecedoras da colusão	217
6. A Defesa Brasileira da Concorrência: A Globalização como Justificativa para a Manutenção de um Mercado Interno Oligopolizado	227
6.1. Breve delineamento teórico sobre a extraterritorialidade na norma antitruste brasileira	227
6.2. Protecionismo estatal versus abertura econômica: Oligopólios e campeões nacionais	232
Conclusão	257
Referências Bibliográficas	261



Lista de Figuras

Figura 1

Preços relativos entre as marcas de cerveja concorrentes desde 1994 e setembro de 1999 93

Figura 2

Participação da Nestlé nos mercados relevantes, antes e após a operação – 2001..... 100

Figura 3

Estrutura de oferta no mercado de cobertura de chocolates. Participação percentual com base no faturamento – 1997/2001. 101

Figura 4

Estrutura de oferta do mercado de chocolates sob todas as formas. Participação percentual com base no faturamento – 1998/2001..... 101

Figura 5

Nacionalidade das corporações243



Lista de Abreviaturas

- AED – Análise Econômica do Direito
Ambev – Companhia de Bebidas das Américas
ANFAVEA – Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores
APRO – Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação
BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNDESPAR – BNDES Participações S.A. (sociedade subsidiária do BNDES)
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAMEX – Câmara de Comércio Exterior
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
CFM – Continuous Filament Mat
CIP – Conselho Interministerial de Preços
COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
Cosipa – Companhia Siderúrgica Paulista
CSN – Companhia Siderúrgica Nacional
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
DEE – Departamento de Estudos Econômicos
FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos
FTC – Federal Trade Commission (EUA)
GATT – General Agreement on Trade and Tariffs
GTME – Grupo Técnico de Métodos em Economia
HHI – Herfindahl-Hirschman Index
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

IE – Imposto sobre Exportação
IOF – Imposto sobre Operações Financeiras
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
ISB – Instituto de Siderurgia Brasileira
ITO – International Trade Organization
NCM – Nomenclatura Comum do MERCOSUL
OMC – Organização Mundial do Comércio (em inglês,
WTO – World Trade Organization)
OCDE – Organização para o Desenvolvimento e Coopera-
ção Econômica
PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor
Público
PIB – Produto Interno Bruto
PIS – Programa de Integração Social
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da
Justiça
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Mi-
nistério da Fazenda
SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico do Mi-
nistério da Justiça
STN – Secretaria do Tesouro Nacional
TCC – Termo de Compromisso de Cessação
TEC – Tarifa Externa Comum
TIC – Tecnologia de Informação e Comunicação
UFIR – Unidade Fiscal de Referência
UNCTAD – Conferência da ONU sobre Comércio e Desen-
volvimento (U.N. Conference on Trade and Development)
WTO – World Trade Organization (em português, OMC –
Organização Mundial do Comércio)

Apresentação

Tive a grata surpresa de ser convidado para apresentar o Autor nesta obra que dá início à nova fase da maturidade de sua trajetória acadêmica, o que para mim é motivo de muito orgulho, honra e alegria.

Ainda tenho fresco em minha memória o aluno inquieto, questionador, dedicado e comprometido que tenho a satisfação de acompanhar desde os bancos da graduação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, típico daqueles que não entraram no mundo acadêmico para figurar, mas sim para marcar expressivamente a sua opinião, o que tem feito com propriedade.

Ao longo desta última década pude verificar a sua evolução pela qual todos nós passamos e que aqui, o Autor, alcança o seu esplendor com um trabalho dedicado a sua área de origem na pesquisa científica, o Direito Econômico, mas com fortes traços de quem também se dedica à Filosofia.

A sua vocação acadêmica, foi reconhecida, tanto nas suas pesquisas de Mestrado, como neste fruto que se apresenta, germinado em seu Doutorado, com a aprovação dos seus projetos de pesquisa pela Comissão de Bolsas do Programa de Mestrado e Doutorado da PUC/SP e, conseqüentemente, recebeu bolsas integrais do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq – e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. O fez por merecer.

É importante registrar que este trabalho do Autor foi aprovado por unanimidade, em longa defesa pública de Doutorado na PUC/SP, por 5 (cinco) Professores Doutores, com a nota 10 (dez).

Motivo de muito orgulho vê-lo apresentar trabalhos científicos, aprovados em sistema de *double blind peer review*, em vários

Rodrigo de Camargo Cavalcanti

Congressos Internacionais e Mundiais de prestigiosas associações, como a LSA – *Law and Society Association*, REDLAJ – *Red Latino-americana de Jueces e a IVR – International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy*, cujos Congressos aconteceram, há alguns meses, em Seattle, Madri e Washington, respectivamente.

No âmbito de integração com outras Escolas e pesquisadores, participa como pesquisador de Projeto de Pesquisa, financiado pela FUNADESP – Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, denominado “*DIREITO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E EMPRESARIAL: Perspectivas da Ordem Econômica Constitucional (art. 170 da Constituição Federal)*”, sob a liderança do Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, André Ramos Tavares.

Com especial dedicação e podendo usufruir do seu trato pessoal sei que o Autor é digno das mais altas honrarias na lealdade, serenidade e cuidado com aqueles que o circundam e, por isso, me sinto muito prestigiado em poder apresenta-lo, ainda que modestamente, à comunidade acadêmica de alto nível que há agora mais um novo membro que, com certeza, veio para ficar e se destacar.

Thiago Matsushita
Professor da PUC/SP

Introdução

O Direito Econômico brasileiro tem suas raízes fortemente consolidadas na Constituição Federal de 1988, cujo Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, não deixa dúvidas quanto à opção econômica definida para o país.

Com essa certeza, o presente trabalho defende que o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, mormente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), articule sua prática, seus argumentos e suas decisões de maneira condizente com uma conduta jurídico-política institucional que consolide uma ordem econômica destinada a garantir a todos existência digna.

Nesse sentido, o oligopólio impõe uma abordagem específica, sobretudo em face do Estado brasileiro. Presente nos diversos setores do mercado nacional, essa prática torna os consumidores dependentes de decisões emanadas de grandes empresas e conglomerados com alto poder econômico e sujeitos a um ambiente concorrencial nada saudável. O bem-estar do consumidor é argumento recorrente nas decisões do CADE, porém os oligopólios passam quase sempre ilesos nas avaliações dessa autarquia.

Sendo assim, procuraremos enfatizar a necessidade de uma nova perspectiva sobre o mercado, mediante o marco teórico do jus-humanismo normativo, utilizando-nos, basicamente, dos ditames do artigo 170 da Constituição Federal, regra matriz da ordem econômica pátria e instituidora do Estado brasileiro de Intervenção Necessária.

Tal perspectiva será salientada, primeiramente, ao consolidarmos a estrutura do Direito Econômico enquanto diretamente submetida aos ditames dos Direitos Humanos e da qual emana o Direito Concorrencial. Três ramos autônomos do Direito porém

intrinsecamente conectados pela hermenêutica constitucional teológica e principiológica adequada ao princípio da proporcionalidade. Em seguida, cabe uma abordagem dos pressupostos constitucionais enquanto ensejadores do sistema capitalista, especialmente ao proteger o direito subjetivo de propriedade e a dimensão humana inerente da liberdade, ainda que compatibilizada pela Carta Magna com a dimensão da igualdade e a da fraternidade.

Continuando, tendo em vista o entendimento da existência digna enquanto promovida mediante o adensamento proporcional dos direitos humanos, investigamos, numa perspectiva histórico-constitucional, a função do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para o Estado brasileiro, desde o início da República até à concepção formal do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência consoante firmada pela lei 12.529/11.

Neste sentido, faz-se necessário analisar as decisões sobre o caso Nestlé/Garoto e o caso Ambev, dois dos principais julgados pelo SBDC especialmente desde a institucionalização do CADE enquanto autarquia federal.

Cabe, conseguinte, consolidarmos a definição legal e as diretrizes do SBDC no que diz respeito aos atos de concentração para, consecutivamente, propor o entendimento de Ronald Coase, juntamente à tese constitucional alemã, sobre o direito de propriedade, e o princípio do não retrocesso social intrínseco, a fim de, conjugando essas inovadoras abordagens, construir uma perspectiva de defesa da concorrência orientada por métodos alternativos de resolução de conflitos, dirimindo as externalidades negativas e adensando as dimensões dos direitos humanos no caso concreto.

Já no capítulo seguinte, entraremos nas questões que envolvem o oligopólio, expondo a situação do mercado brasileiro, a relação da doutrina da Escola de Chicago com esta forma de estrutura de mercado e a colusão tácita, fruto direto do oligopólio. A colusão tácita merece destaque tendo em vista ser conduta de

difícil identificação e resolução, mormente *a posteriori*, requisitando do CADE, por isso, uma postura preventiva que coadune-se com uma promoção de um mercado efetivamente competitivo.

Finalmente, delinearemos a defesa brasileira da concorrência enquanto inserida no mercado globalizado, ressaltando o pressuposto legal da extraterritorialidade e suas consequências, sem deixar também de salientar a teoria dos campeões nacionais, diretamente relacionada aos oligopólios, e sua constante aplicação contemporânea no mercado brasileiro e internacional.

Este trabalho nos guiará à concluir por seis propostas-diretrizes que, consoante o exposto, entendemos servir de guia para a consolidação de políticas em conformidade com o Estado constitucional brasileiro de Intervenção Necessária.



1. O Direito Econômico como Feixe dos Direitos Humanos, e o Direito da Concorrência como Subespécie

De início, vale tratar brevemente do Direito Econômico e de seu papel nos Direitos Humanos, identificando e alocando o Direito da Concorrência como uma das espécies do gênero Direito Econômico.

1.1. A definição de direito econômico

O art. 24, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...] direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico” (grifo nosso).

Sendo assim, uma corrente já bastante majoritária defende a existência de um ramo do Direito intitulado “Direito Econômico”. Sobre essa questão, Eros Grau já afirmou que

[...] não tem mais razão de ser o debate, academicamente despropositado, a respeito da “existência” do Direito Econômico. Argumentação que a negue já de há muito é qualificável como do mesmo teor daquela segundo a qual só argumenta com princípios jurídicos aquele que não encontra Direito a fundamentar sua pretensão¹.

1 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

Para nós, o dito ramo condiz com a regência jurídica – portanto, deontológica – da economia. Vicente Bagnoli salienta que:

A temática do Direito Econômico exige do seu estudioso a análise da intervenção do Estado na ordem econômica, seja como agente econômico, seja como fiscalizador, a fim de organizar a política econômica do Estado e evitar o abuso do poder econômico.

O Direito Econômico surge como uma reação, uma necessidade social, do Estado, por meio da Lei, de controlar os efeitos da atuação de agentes econômicos no mercado, bem como controlar a própria Economia e suas leis naturais.²

Consideramos, porém, que Bagnoli incorre em uma imprecisão terminológica ao afirmar que a temática do Direito Econômico requer a análise “da intervenção do Estado na ordem econômica”. Afinal, a nosso ver, a ordem econômica somente é “ordem” por estar *ordenada* por determinadas instituições, inclusive o Estado. Não se trata de mero detalhe. Consideramos um problema metodológico e dogmático partir do princípio de que a economia conforme a conhecemos se desenvolveu “naturalmente” apesar do Estado, como se historicamente a coletividade tivesse partido da economia burguesa e a tivesse desenvolvido por si só, sem a intervenção da instituição estatal, detentora do poder e estruturadora da sociedade do ponto de vista jurídico-econômico.

A instauração de um regime jurídico da economia já era realizada pelo Estado absolutista anterior à Revolução Francesa de 1789, mediante o mercantilismo, no qual o Estado tinha intervenção total no mercado. Portanto, não desconsideramos as contingências estruturais de fragilidade do governo francês de então, caracterizado pelo viés absolutista – contingências reveladas por uma classe emergente eco-

2 BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.

nomicamente poderosa. E ainda, embora sob outra ótica, tendo em vista a permanência do Estado, salientamos o reconhecimento pelos burgueses do poder dessa instituição em instaurar regimes e concretizar políticas de legitimação de certos interesses, fossem eles privados, restritos a certos grupos, fossem o mais possível democratizados, mas sempre com vias de estruturação de certa forma de economia.

Desse modo, discordamos de que o Direito Econômico tenha surgido como “uma necessidade social” para, por meio do Estado, controlar as “leis naturais” da economia. Há leis da economia, mas elas não advêm da natureza, mas são, a nosso ver, fruto de atos, negociações e imposições eminentemente políticos, conduzidos e observados mormente pelo Estado, pelo interesse também político de certos grupos detentores do poder e, no mais das vezes, de *certa parcela da sociedade*.

Partimos, para tanto, do pressuposto teórico de Pierre Clastres, que no importante artigo “A sociedade contra o Estado”, publicado em 1974, considera o sistema econômico atual como consequência imediata de uma relação de poder institucionalizada na figura do Estado. O antropólogo francês salienta, ainda, que tal estrutura de poder, da qual o Estado é a representação maior, primeiro emerge politicamente para, em seguida, ser transferida para as relações econômicas:

É então a ruptura política – e não a mudança econômica – que é decisiva. A verdadeira revolução, na proto-história da humanidade, não é a do neolítico, uma vez que ela pode muito bem deixar intacta a antiga organização social, mas a revolução política: é essa aparição misteriosa, irreversível, mortal para as sociedades primitivas, que conhecemos sob o nome de Estado.³

3 CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. 1974. Disponível em: <<https://we.riseup.net/assets/71282/clastres-a-sociedade-contra-o-estado.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2014. p. 14.

Não somos, porém, tão radicais quanto o autor acima, que em sua conclusão sugere renegar o Estado, mas entendemos que o desenvolvimento do Estado moderno como instituição política estrutural de poder é que é decisiva para a emancipação da economia moderna, e que reverbera até a contemporaneidade, capitalista.

Pela necessidade em afirmar aqui nosso posicionamento sobre o surgimento do Direito Econômico, vale frisar que este não apareceu somente no início do século XX, com a noção social, defendida pelos Direitos Humanos, de intervenção estatal em prol da dimensão igualitária. Surgiu, sim, como ordenador do sistema capitalista, juntamente com o Estado moderno, fornecendo para a economia baseada no direito de propriedade os aparatos estruturais e institucionais de legalidade e legitimidade.

Num ambiente democrático, espera-se que a submissão da instituição Estado a um número limitado de grupos seja dirimida mediante a abertura do espaço político às diversas vertentes sociais advindas da coletividade. É o que pretende a Constituição Federal, quando efetivamente aplicada, sempre preservando, porém, o sistema capitalista, mormente através do direito subjetivo de propriedade.

Tendo isso em vista, propomos uma alteração na afirmação de Fábio Konder Comparato, de que a autonomia do Direito Econômico “é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado”⁴. Embora concordemos que a autonomia do Direito Econômico é “dada pela sua finalidade”, consideramos conveniente redefinir a finalidade: em vez de “traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado”, teríamos “traduzir instrumentalmente as normativas da política econômica do Estado”. Isso porque a regência jurídica da economia, em seus fundamentos, ditames, objetivos e

4 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 154

princípios, já está positivada na Constituição Federal. Resta transformar tais normativas em instrumentos capazes de trazer eficácia ao dever-ser prescrito pelo Direito.

1.2. Relação entre direitos humanos e direito econômico

Não é demais salientar a relação intrínseca entre os Direitos Humanos e a regra matriz de incidência da ordem econômica (art. 170, CF). A economia, de acordo com a dita norma jurídica, está intrinsecamente condicionada a normativas que, em princípio, são emanadas dos Direitos Humanos. Justiça social, existência digna, defesa do meio ambiente, entre outras, inclusive o direito de propriedade e sua função social, prescrições extraídas das dimensões dos Direitos Humanos para a normativa brasileira, coincidem diretamente com a promoção da economia nacional.

Portanto, embora goze de inquestionável autonomia, o Direito Econômico constitui, a nosso ver, uma vertente dos Direitos Humanos. Estes se desenvolveram na mesma época que o capitalismo, do qual adotaram inicialmente, a partir do Iluminismo, uma série de pressupostos. O principal foi a noção de liberdade, que no âmbito do Direito Econômico implicou promover a livre iniciativa e considerar absoluto o direito de propriedade. Junto a esses pressupostos do capitalismo, também foi assimilado dos Direitos Humanos o conceito de igualdade, manifestado como direitos sociais e vinculado à segurança econômica, aspecto que se tornou particularmente importante com o processo de globalização e as crises que com ele sobrevieram: a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929. Tais episódios levaram os Estados a ponderar internacionalmente sobre os direitos à segurança alimentar, a consolidação da previdência social e

outros aspectos, numa proposta de maior intervenção estatal na economia. Após a Segunda Guerra Mundial, foram incluídas, ainda, políticas mais rígidas de asseguramento financeiro dos Bancos Centrais, mormente para a manutenção do próprio capitalismo, e em 1948 foi lançada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe, em seu artigo XVII, que “todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”, e que ninguém será arbitrariamente privado dela.

Outro exemplo é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, e ratificada pelo Brasil em 1992. O pacto reconhece que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado *a menos que se criem as condições para cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais*, assim como de seus direitos civis e políticos. Cabe referir, ainda, que o artigo 11, §1, prescreve que:

Os Estados-partes no presente Pacto *reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família*, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso)

Esse importante documento internacional associa diretamente os direitos sociais aos direitos econômicos. Além disso, ao normatizar em âmbito internacional, incorpora os Direitos Humanos de terceira dimensão, pois assume a fraternidade e a solidariedade como requisitos essenciais para a proteção de tais direitos nos diversos territórios e nas comunidades que habitam os 146 países signatários.

Assim, o *telos* dos Direitos Humanos e do Direito Econômico – e não só por inferência, porque positivado na Carta Magna – é a dignidade da pessoa humana. Como bem salienta Thiago Lopes Matsushita, em postura sustentada pela teoria do jus-humanismo normativo, que diz respeito à busca pela melhor resposta ao caso concreto mediante a intersecção dos Direitos Humanos, do Direito positivo e do realismo jurídico:

A teoria jus-humanista normativa foi criada, no bojo da cadeira de Direito Econômico da Faculdade de Direito da PUC/SP, para sustentar uma visão analítica, hermenêutica e argumentativa aplicada ao Direito Econômico onde somente pode ser sistematizado em conformidade com o realismo e com os Direitos Humanos, em todas as suas dimensões subjetivas, em prol de tudo e de todos, a fim de realizar o direito objetivo à dignidade da pessoa humana.⁵

1.3. Relação entre direito econômico e direito concorrencial

O Direito Concorrencial, como ordenador de políticas públicas em face da concorrência, é um ramo do Direito Econômico, prestando-se, portanto, à necessária persecução das mesmas finalidades e se concentrando sob os mesmos pressupostos normativos a este impostos.

Vale salientar que partimos do entendimento de que o Direito da Concorrência, assim como o Direito Econômico, sempre acompanhou as relações econômicas. Desse modo, ao escolher uma política de não intervenção na concorrência, o Estado adota um

5 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 26.

posicionamento condizente com uma determinada linha de ação jurídico-econômica. O fato de não exercer sua capacidade de atuar sobre a concorrência reflete um posicionamento político específico.

O Direito da Concorrência, portanto, deve estar instrumentalizado de tal forma que seu princípio norteador, o da livre concorrência, não entre em colisão com os demais princípios e pressupostos da ordem econômica. Importa, assim, para o estudo do Direito da Concorrência, uma base sólida sobre o Direito Econômico, afim de compreender a estrutura sobre a qual se devem fundar suas análises hermenêuticas, seja como ciência, seja como uma linha de atuação no caso concreto.

Tal Direito se encontra dogmatizado e balizado por diferentes doutrinas, como aquela que influenciou sobremaneira as agências antitruste pelo mundo, a Escola de Chicago, partindo de concepções sobre suas finalidades e respectivos instrumentos de alcance. No Brasil, particularmente, como se verá ao longo do trabalho, partimos do princípio de que a Escola de Chicago suscita ideias originais e de indubitável interesse para o estudioso do Direito Econômico e sobretudo do Direito Concorrencial. Porém, tendo em vista nossas particularidades, que ressoam especialmente nas opções constitucionalmente determinadas, deve-se ter cautela na subsunção das políticas públicas domésticas àquelas teorias sem a devida análise crítica. Principalmente se partilhamos da definição de livre concorrência exarada por André Ramos Tavares, claramente com base nos pressupostos da nossa Constituição de 1988: “livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”⁶.

6 TAVARES, André R. *Direito constitucional econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 256.

Diferentemente dos Estados Unidos – conhecidos como berço do direito antitruste pela relevância histórica de sua legislação de 1890 sobre a concorrência, intitulada Sherman Act –, o Brasil tem contornos jurídicos que importam uma abordagem que defendemos sob a insígnia do Estado de Intervenção Necessária e que encontra correspondência na doutrina do jus-humanismo normativo.

Como o Direito da Concorrência brasileiro deriva do Direito Econômico (e este, por sua vez, é um ramo dos Direitos Humanos), está condicionado a submeter a legislação infraconstitucional e as decorrentes políticas públicas de defesa da concorrência ao *telos* da existência digna para todos, conforme os ditames da justiça social.

A base de sustentação específica desse ramo do Direito é o § 4º do artigo 173 da Constituição, o qual dita que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A fim de colocar a letra da lei em prática, preserva-se a existência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, sobre o qual discorreremos mais adiante.



2. A Defesa da Concorrência e a Regra Matriz da Ordem Econômica Brasileira

A ordem econômica brasileira atual é fruto de um conjunto de transformações sociais e institucionais historicamente pautadas por formas de Estado que se delinearam desde uma concepção liberal até uma estrutura de viés mais intervencionista, inclusive totalitário, chegando ao que hoje entendemos como um Estado de Intervenção Necessária.

Tal Estado, atualmente, adota como regra matriz da ordem econômica o artigo 170 da Constituição Federal, que dita como finalidade dessa ordem garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sob a observância de nove princípios⁷.

Tal artigo é regra matriz porque aborda prescritivamente quatro aspectos primordiais da ordem econômica: sua fundação, sua conformidade, sua finalidade e os princípios a serem observados. Ou seja, é uma regência jurídica da economia que estabelece como seu funda-

7 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.

mento, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, além de conceber como necessária a conformação consoante os ditames da justiça social. Também institui uma finalidade, vinculando diretamente economia e dignidade da pessoa humana, e princípios, como a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para certas empresas de pequeno porte.

Distante se encontra, portanto, de ser uma ordem econômica liberal, ou, por outro lado, de máxima intervenção. Contrapõe-se, desse modo, àquelas ordens impostas nas Constituições brasileiras anteriores, cujas soluções normativas caminhavam entre esses dois extremos: ora se posicionavam em prol do liberalismo, ao simplesmente expor como direito dos cidadãos a liberdade e a propriedade em sua plenitude, ora permitiam, nos períodos ditatoriais, políticas totalitárias de Estado que contribuíssem para a manutenção de estruturas de desigualdade social e de restrição dos direitos civis e políticos a fim de salvaguardar uma minoria no poder – muito embora formalmente se proclamasse a busca pelo interesse coletivo.

A ordem econômica da Constituição de 1988, por sua vez, advém de uma avançada proposta jurídica de adequação do viés social-democrático mediante a implantação da justiça social concomitantemente ao interesse de evolução do capitalismo, no sentido da promoção do direito subjetivo de propriedade, da livre concorrência e da livre iniciativa. Assim, adensando esses pressupostos na regência jurídica da economia pátria, partilhamos das ideias de Thiago Lopes Matsushita, segundo o qual o Direito Econômico se destina a “reincluir economicamente aqueles que estão abaixo da linha da miséria, para que atinjam o fim estabelecido constitu-

cionalmente e, além disso, proporcione os meios econômicos para viabilizar as necessidades do homem biocultural⁸.

Viabilizar uma economia que atenda a esses pressupostos, portanto, é um dever do Estado, e também um dever compartilhado de toda a coletividade. Conforme Ricardo Hasson Sayeg e Thiago Lopes Matsushita:

Nossa evolução histórica levou à conquista e condensação dos direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira dimensão, e ao seu entrelaçamento pelo viés da dignidade do ser humano, servindo de plataforma tridimensional edificadora positivada dos Direitos Humanos visando proporcionar à coletividade brasileira a justiça social consubstanciada em seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural. *Neste contexto, o Direito Econômico brasileiro é tridimensional – o adensamento das liberdades negativas, das liberdades positivas e dos imperativos de solidariedade –*, não se tratando de exclusão ou sobreposição das dimensões do direito privado ou do público, mas, sim, da compressão deles por conta dos direitos coletivos, implicando maior potência na tutela da humanidade e do próprio planeta.⁹ (grifo nosso)

Os princípios da ordem econômica devem ser observados, portanto, em cadeia de adensamento, ou seja, sem a hierarquiza-

8 MATSUSHITA, Thiago L. **Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica**. 2007. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 157.

9 MATSUSHITA, T. L., SAYEG, R. H. O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano Tridimensional. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFBA, 17., 19-21 jun. 2008, Salvador. **Anais...** Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), 2008, p. 2395-2416. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_hasson_sayeg.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2014. p. 2396.

ção, tomados conjuntamente como necessários à consecução da dignidade humana a todos.

Dessa assertiva não escapa o princípio da livre concorrência, cuja defesa não é infensa à promoção da livre iniciativa ou do direito de propriedade. Pelo contrário, seguimos a lição de Lafayette Josué Petter, para quem

[...] a promoção de um ambiente concorrencial implica valorar-se a livre iniciativa. Só se estabelece concorrência quando os agentes detêm efetiva liberdade de iniciativa para suas incursões na conquista dos mercados e consumidores. Esta liberdade, contudo, tem como limite a prática do abuso do poder econômico, no mais das vezes, ofensivo da concorrência. Ou seja, *a promoção e defesa da concorrência não constitui instrumento de intervenção no livre jogo do mercado (a atuação dos agentes econômicos com liberdade), ao contrário, a defesa da concorrência é pró-mercado*, ela fomenta a livre iniciativa na medida em que contribui para a eliminação de barreiras artificiais, facilitando o acesso ao mercado.¹⁰ (grifo nosso)

Tal assertiva é confirmada pelo artigo 173, parágrafo 4º, da Carta Magna: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A livre concorrência, neste sentido, está relacionada não com a ausência de intervenções estatais. Ou seja, não se trata de defender um suposto princípio de liberdade econômica no qual a concorrência fosse condicionada somente pela “mão invisível” do mercado, e no qual a tendência para a formação de poder econômico abusivo não pudesse ser barrada.

10 PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 214-215.

A livre concorrência diz respeito, isso sim, a uma situação de mercado que seja acessível a todos, ao ingresso de novos atores e à promoção do máximo equilíbrio possível nas condições de concorrer no ambiente competitivo, ao mesmo tempo evitando-se a todo custo sancionar aqueles que conseguem posição dominante não abusiva através da saudável eficiência econômica, sempre visando garantir a todos existência digna. Ou seja, a livre concorrência está na Constituição de 1988 atrelada a uma condição de igualdade não somente formal, mas também material, de participação na economia. Desse modo, vincula seus pressupostos ao adensamento da primeira com a segunda dimensão de Direitos Humanos, e também com a terceira dimensão ao salientar que o mercado interno integra o patrimônio nacional (art. 219), ou seja, é de titularidade da coletividade, devendo se reverter beneficentemente – no sentido da dignidade (art. 170) – em prol de toda a comunidade.

Arthur Cecil Pigou segue na mesma linha de pensamento de que o Estado tem papel predominante na determinação do viés econômico, seja ele liberal, seja intervencionista. Para o economista inglês, “se o interesse próprio promove o bem-estar econômico é porque as instituições [v. g., Estado] criadas pelo homem têm sido planejadas para tanto”¹¹.

No ordenamento jurídico pátrio, o mercado é um conceito ao mesmo tempo difuso, privado e público, já que compreende toda a coletividade e preza pela satisfação dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões. Desse modo, difere sobremaneira da concepção da mera economia de mercado, na qual a liberdade é tomada como o único pilar, devendo no máximo ser regulada

11 COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 24.

quanto à livre concorrência. Assim, vale salientar os dizeres de Friedrich Hayek, expoente da teoria liberal:

A doutrina liberal é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não de deixar as coisas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde exista concorrência efetiva, ela sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Essa doutrina não nega, mas até enfatiza que, para a concorrência funcionar de forma benéfica, será necessária a criação de uma estrutura legal cuidadosamente elaborada, e que nem as normas legais existentes, nem as do passado, estão isentas de graves falhas. Tampouco deixa de reconhecer que, sendo impossível criar as condições necessárias para tornar efetiva a concorrência, seja preciso recorrer a outros métodos capazes de orientar a atividade econômica. [...] Com efeito, uma das principais justificativas da concorrência é que ela dispensa a necessidade de um “controle social consciente” e oferece aos indivíduos a oportunidade de decidir se as perspectivas de determinada ocupação são suficientes para compensar as desvantagens e riscos que a acompanham.¹²

Dessa forma, a importância da defesa da concorrência é salientada inclusive por autores que, na linha liberal, prezam pela intervenção mínima do Estado. Uma concorrência efetiva, poucos hão de discordar, é sinônimo de sustentação saudável do sistema capitalista. A proteção da concorrência na ordem econômica brasileira, assim como os demais princípios expostos no artigo 170 da Constituição Federal, visa a garantia da existência digna a todos, o que comporta uma análise sistêmica conjunta dos princípios

12 HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 58.

da função social da propriedade e da livre iniciativa, associados à defesa do consumidor. A concorrência é, nesse sentido, um dos pilares da política de promoção da ordem econômica, ensejando a dinâmica de concretização de sua finalidade constitucional. Por isso, visa a salvaguarda não simplesmente do capitalismo e da fruição do direito subjetivo de propriedade, como seria no viés liberal, mas também do direito objetivo à dignidade da pessoa humana, através das três dimensões dos Direitos Humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

2.1. O capitalismo como opção constitucional brasileira

Salientamos que a base do capitalismo é o direito de propriedade, desenvolvido e fortemente defendido como um direito humano na Revolução Francesa, de 1789. A propagação dos Direitos Humanos, de base iluminista, é coerente com a instituição do próprio sistema capitalista, principalmente se tomarmos como referência os direitos de primeira dimensão. Elevar os direitos de propriedade e de liberdade a Direitos Humanos, nessa perspectiva, implica considerar o capitalismo como o sistema econômico mais eficiente para o desenvolvimento dos direitos inerentes ao homem.

O mercado como meio lícito de troca e de relacionamento interpessoal é, portanto, tributário do direito pela sua institucionalização e promoção de suas bases no modelo capitalista. Conforme já salientou João Grandino Rodas, é importante uma concorrência saudável para a própria sobrevivência do capitalismo como um todo, e tanto o capitalismo como a concorrência saudável só podem ser adquiridos mediante um ordenamento jurídico que os acolha axiologicamente e os enuncie deontologicamente. Assim, como defende Anna Paula Berhnes Romero, fundamentada em Natalino Irti:

[...] tanto a concepção de pessoa quanto a de mercado são dadas pelo ordenamento jurídico, por meio do conjunto dos interesses merecedores de tutela, cuja seleção ocorre mediante um processo de decisão política. [...] Nesta altura, assevera Irti que os mercados não existiriam sem o direito, já que são exatamente as normas jurídicas que, conferindo o direito de propriedade, assegurariam a possibilidade das trocas. De outro lado, reputar os mercados como um resultado espontâneo da ordem social – leia-se, sem qualquer participação normativa – levaria a uma conclusão pela ausência de intervenção.¹³

Essa assertiva corrobora a afirmação de que o mercado é instituto eminentemente jurídico. A partir do momento em que se impõe, corroborado pelo Estado, vale-se dos critérios normativos para se configurar como forma de relação interpessoal legítima e dotada de licitude, composta de regras e pressupostos necessários para o seu fortalecimento estrutural, impondo-se livremente na condição de linguagem essencial da organização social, política e cultural. Neste sentido, vale a lição de Karl Polanyi:

[...] um fenômeno genérico foi considerado idêntico a outro, já familiar. [...] o erro consistiu em igualar a economia humana em geral com sua forma de mercado [...]. A falácia é evidente: o aspecto físico das necessidades do homem faz parte da condição humana; não pode existir sociedade que não possua algum tipo de economia substantiva. Por outro lado, o mecanismo de oferta-procura-preço (que chamamos de mercado, em linguagem popular) é uma instituição relativamente moderna e possui uma estrutura específica; não é fácil estabelecê-la nem mantê-la em funcionamento.

13 ROMERO, A. P. B. As restrições verticais a análise econômica do direito. *Revista Direito GV* 3, v. 2 n. 1, p. 11-36, jan.-jun. 2006. p. 13.

Reduzir o âmbito do econômico especificamente aos fenômenos de mercado é eliminar a maior parte da história humana. Em contrapartida, ampliar o conceito de mercado para fazê-lo abarcar todos os fenômenos econômicos é atribuir a todas as questões econômicas as características peculiares que acompanham um fenômeno específico.¹⁴

Concordamos com Polanyi quando consideramos o mercado como diretamente subsumido no ordenamento jurídico e, nos dizeres desse autor, também sob a perspectiva moderna de economia. Observamos, assim, que o conceito de Estado moderno se revela intrínseco à concepção moderna de mercado, confirmando a assertiva de que os institutos jurídicos são eminentemente responsáveis por garantir o desenvolvimento do “mecanismo de oferta-procura-preço (que chamamos de mercado, em linguagem popular)”. Ou seja, sem aqueles institutos, tal mecanismo estaria absolutamente prejudicado e, junto com ele, os seus princípios mais caros.

Nesse sentido, os conceitos de livre concorrência e de mercado são variáveis do ordenamento jurídico no qual se baseiam, principalmente no que diz respeito à finalidade. A própria doutrina do *laissez-faire* consiste não na ausência total do Estado na economia, mas na incorporação, por parte do Estado, dos princípios mais urgentes do liberalismo, servindo como instrumento para a produção e manutenção das ditas regras de mercado. Assim, no mesmo caminho, Sabadell, Dimoulis e Minhoto caracterizam duas abordagens diversas em relação à livre concorrência:

A primeira, típica do início do capitalismo e da visão do liberalismo econômico, interpreta o termo “liberdade” em sentido estritamente individual. Seria livre a concorrência entre

14 POLANYI, Karl. *A subsistência do homem e ensaios correlatos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 47-48.

competidores que podem decidir e atuar sem influências externas. Essa concepção, que pode ser denominada liberdade dos concorrentes, leva a espetaculares fracassos de uma série de competidores que acabam sendo excluídos do mercado. Quem não consegue, pelas mais variadas razões, enfrentar a concorrência, oferecendo produtos aos mesmos preços e qualidade e com a mesma eficiência, será economicamente destruído ou absorvido pelos mais fortes. [...] A segunda concepção, na linha do liberalismo político, atribui um sentido coletivista à concorrência. Seu objetivo não é proteger a liberdade individual de cada competidor, mas manter a situação (ou instituição) da concorrência, evitando desequilíbrios que excluiriam muitos competidores do mercado. [...] Seu objetivo é manter no mercado uma multidão de concorrentes, de forma que os preços e as demais condições de oferta possam ser independentes do comportamento de cada agente. Essa situação de equilíbrio no mercado impossibilita a concentração do poder econômico [...]. *Sem ter clareza sobre a concepção da livre concorrência adotada em determinado ordenamento jurídico não é possível resolver problemas concretos nem avaliar seu impacto.*¹⁵ (grifo nosso em itálico)

Ou seja, o que vale ressaltar é a possibilidade de diferenciação entre as ordens normativas e suas respectivas formas de tratamento da economia. Dadas as suas divergências, cada qual impõe ao Estado que concentre esforços em determinados setores e de determinadas formas prescritas no respectivo ordenamento, mas sempre haverá uma postura política estatal: ou protege-se a liberdade individual de cada competidor ou a situação de equilíbrio do mercado – na prática, porém, posturas intermediárias e mais complexas acabam sendo mais usuais. Dessa forma, mais uma vez com Polanyi, salientamos que

15 SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo D. **Direito social, regulação econômica e crise do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 14.

Não havia nada natural em relação ao *laissez-faire*; os mercados livres jamais poderiam funcionar deixando apenas que as coisas seguissem o seu curso. Assim como as manufaturas de algodão [...] foram criadas com a ação de tarifas protetoras, de exportações subvencionadas e de subsídios indiretos dos salários, o próprio *laissez-faire* foi imposto pelo Estado. As décadas de 1930 e 1940 presenciaram não apenas uma explosão legislativa que repelia as regulamentações restritivas, mas também um aumento enorme das funções administrativas do Estado, dotado agora de uma burocracia central capaz de executar as tarefas estabelecidas pelos adeptos do liberalismo. Para o utilitarista típico, o liberalismo econômico era um projeto social que deveria ser posto em prática para grande felicidade do maior número de pessoas; o *laissez-faire* não era o método para atingir alguma coisa, era a coisa a ser atingida.¹⁶

Consoante nossa perspectiva e partindo da assertiva acima de Polanyi, o *laissez-faire* é, sim, uma postura política de Estado e exige ações deste no sentido de garantir que aquele pressuposto seja usufruído. O mercado, portanto, é um conceito polissêmico, sendo seus fundamentos, características peculiares e finalidades sempre fruto de certo sistema jurídico e de determinadas políticas econômicas que, afinal, norteiam seu significado, conformando certa ideologia associada a interesses subjacentes. Nesse sentido, valem as palavras de Vinícius Marques de Carvalho:

Contra a idéia de uma economia de mercado “natural”, emerge a contribuição teórica de Karl Polanyi. Segundo ele, a história econômica mostra que a emergência de mercados nacionais não foi, de forma alguma, o resultado

16 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 170. 171.

da emancipação gradual e espontânea da esfera econômica do controle governamental. Na verdade, natural, no sentido de não excepcional, seria a intervenção da sociedade, por meio de suas instituições, na produção e alocação dos bens produzidos. O “mercado livre” seria, sim, produto da “intervenção consciente, e às vezes, violenta, por parte do governo que impôs à sociedade a organização do mercado, por finalidades econômicas”.¹⁷

Importa salientar que a ordem econômica brasileira é proclamada constitucionalmente como capitalista, ao garantir o direito subjetivo de propriedade e, *pari passu*, a livre iniciativa, estando integralmente adaptada à definição de capitalismo do economista Schumpeter: “apropriação privada dos meios de produção pela coordenação de decisões por meio de trocas, em outros termos, pelo mercado; finalmente pela acumulação de capitais através de instituições financeiras, ou seja, pela criação do crédito”¹⁸.

Desse modo, em nosso país, a acumulação de capital não é só legítima como incentivada pelo Poder Público, pelos agentes privados e por toda a coletividade, inevitavelmente incorporada na cultura capitalista pela força com que o *modus operandi* econômico traz para si – ou seja, para a lógica do lucro, do consumo, do capital e, claro, da propriedade – todos os aspectos da vida, desde os mais essenciais até os mais supérfluos. Essa força do capitalismo tem a capacidade de determinar seu próprio fim, dada sua potencialidade em promover níveis extremos de desigualdade e a

17 CARVALHO, Vinícius M. de. Poder econômico e defesa da concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira. In: GUEDES, Jefferson C.; NEIVA, Juliana S. M. (Coord.). **Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011. p. 299-300.

18 JESSUA, Claude. Capitalismo. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009, p. 9. In: ARRUDA JUNIOR, Antonio Carlos M. de. **Capitalismo humanista & socialismo: o Direito Econômico e o respeito aos Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 44.

deterioração do mercado consumidor, o que obviamente não é de interesse dos ofertantes detentores do capital.

Além disso, e mais importantes, são os efeitos deletérios ocasionados à vida humana e ao planeta num capitalismo sem rédeas. Como salienta Antonio Carlos Matteis de Arruda Júnior ao tratar do caso brasileiro:

Com efeito, o capitalismo constitucionalmente recepcionado na Constituição Federal deve ser interpretado não só como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, na iniciativa privada e na livre concorrência, pois, para atingir os fins da ordem econômica – existência digna e justiça social – gravita nesse sistema a incidência dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões.¹⁹

Desta forma, para se garantir a aplicação da ordem econômica prescrita pela Constituição Federal, é imprescindível a garantia e salvaguarda dos Direitos Humanos, como condição essencial para se tornar acessível a todos a vida conforme a dignidade da pessoa humana.

2.1.1. A busca pelo lucro como base do capitalismo e a ordem jurídica

A proteção do jogo da concorrência impede a concentração de poder na mão de poucos, que, condicionados pela busca incessante do lucro, seriam capazes de dirigir determinados setores da economia escolhendo o que e quando produzir, definindo o preço, controlando a relação entre oferta e demanda e se isentando de garantir a finalidade da ordem econômica constitucionalmente imposta, com prejuízos para toda a população.

19 ARRUDA JUNIOR, Antonio Carlos M. de. **Capitalismo humanista & socialismo: o Direito Econômico e o respeito aos Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 25

A busca pelo lucro é saudável e deve ser alimentada, porém só será legítima se não for prejudicial à concorrência, tendo em vista inclusive os benefícios que a competição natural entre os agentes do mercado proporciona ao consumidor final, como o desenvolvimento tecnológico, o equilíbrio dos preços, maior oferta de trabalho e diversificação dos produtos e serviços, entre outros.

Não se deve, assim, esperar dos agentes econômicos que atuem na busca da dignidade humana de todos. Tais agentes contribuem para tanto ao mesmo tempo em que almejam o lucro. Quando inseridos num ambiente de concorrência saudável, ao buscar lucratividade se veem no dever de se empenhar em atender as demandas dos consumidores, a fim de não perder espaço no mercado. Nesse sentido, concorrer em busca de lucro proporciona incentivos à criatividade e à inovação, essenciais para o desenvolvimento econômico e social.

Dessa forma, deve-se evitar a problematização de questões da seara jurídico-política, moral, ou ética no capitalismo, que afinal é um sistema econômico. Cada um desses campos do conhecimento desenvolve uma sistemática de questionamentos e conclusões, tanto práticos como teóricos, e em sua integralidade axiológica e hermenêutica constrói materialmente atributos que, obviamente, influenciam um ao outro, mas que merecem ser abordados e resgatados nos seus devidos ambientes de linguagem e de problematizações em princípio singulares. Essa é a via de tratamento de André Comte-Sponville, cuja teoria foi desenvolvida amplamente na obra *O capitalismo é moral?*. Em seus termos:

O capitalismo existe para criar riqueza. E consegue com bastante eficácia, para que necessitemos mentir a nós mesmos sobre ele. Aceitá-lo? Parece razoável, na medida em que não temos nada melhor para pôr em seu lugar. Mas não é esse um motivo para nos pormos de joelho diante dele. Querer fazer do capitalismo uma moral seria

fazer do mercado uma religião e da empresa, um ídolo. É precisamente o que se trata de impedir. Se o mercado virasse uma religião, seria a pior de todas, a do bezerro de outro. É a mais ridícula das tiranias, a da riqueza.²⁰

O autor está longe de concluir sobre a total desintegração do direito e da moral do capitalismo. Na sua forma de tecnociência, este precisa de limites, que serão proporcionados pelas demais “ordens”, consoante denominadas pelo autor, quais sejam: a ordem jurídico-política; a ordem da moral; e a ordem ética. Uma limita a outra, no sentido de estabelecer uma relação de equilíbrio em que cada qual seja tratada no seu âmbito específico. Assim, expõe o autor, em outro momento:

Distinção de ordens. Acabou-se entendendo, inclusive à esquerda, que o Estado não era muito bom para criar riqueza: o mercado e as empresas fazem mais e melhor. Seria hora de entender, inclusive à direita, que o mercado e as empresas não são muito bons para criar justiça: somente os Estados têm uma chance de criá-la, mais ou menos. A moral? Tampouco ela está à venda. Mas ela está ao encargo dos indivíduos, não do Estado, e não poderia bastar [...] à justiça. Resumindo, quanto mais se é lúcido sobre a economia e sobre a moral (sobre a força da economia, sobre a fraqueza da moral), mais se é exigente sobre o direito e a política. É sem dúvida o que há de mais inquietante [...]: que essa ordem decisiva (a ordem jurídico-política: a única a permitir que os valores dos indivíduos, na ordem nº. 3, tenham alguma influência sobre a realidade da ordem nº. 1) seja a tal ponto desvalorizada e desacreditada.

20 COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral?: sobre algumas coisas ridículas e as tiranias de nosso tempo*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 87.

Que os homens políticos têm sua parte de responsabilidade nesse quadro, infelizmente é mais do que claro.²¹

A ordem jurídico-política seria responsável, portanto, pela imposição de limites à ordem tecnocientífica da economia.

A defesa da concorrência no Brasil, nesse sentido, seguiu a trilha do desenvolvimento experimentado pelo capitalismo e pelos Direitos Humanos, sobretudo a partir da Revolução Francesa. Ambos reverberam nas primeiras Cartas constitucionais brasileiras – especialmente os direitos de primeira dimensão de liberdade e de propriedade, pois os direitos de segunda dimensão só se consolidam após a Constituição de 1934, que prescreveu que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna (art. 115).

Ao atrelar teleologicamente o conceito de dignidade à ordem econômica, a ordem jurídico-política brasileira deu um grande passo para a promoção da economia a serviço do homem e da coletividade. A orientação passa a ser outra, traduzindo o princípio da defesa da concorrência, encarada como essencial também para a emancipação social e não somente para o desenvolvimento econômico puro e simples.

Tendo em vista o papel da ordem econômica na promoção da defesa da concorrência – função social da propriedade, entre outros princípios inseridos num contexto capitalista – é que defendemos que o Estado brasileiro siga a linha de um Estado de Intervenção Necessária, conforme palavras de Matsushita:

A justiça social aqui compreendida não é aquela do *welfare state*, mas, sim, aquela concebida a asseguradora do mínimo vital, constitucionalmente considerada em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a mo-

21 COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral? : sobre algumas coisas ridículas e as tiranias de nosso tempo*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 129, 130.

radia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Essa justiça social é aquela que deve ser garantida ou perseguida pelos agentes econômicos e, no nosso Estado de intervenção necessária, o governante deve ter como norte esse preceito constitucional. Toda essa percepção gira ao entorno do conteúdo de Direito Econômico, que nada mais é do que a regência jurídica da economia, que tem como sua finalidade dar os instrumentos e meios para que a população que está abaixo da linha da pobreza seja elevada como economicamente ativa.²²

A defesa da concorrência, assim, é importante instrumento jus-econômico de implantação de políticas públicas que visem assegurar os pressupostos da regência jurídica da economia conforme constitucionalmente determinado. Em um aspecto devemos concordar com Robert Bork, quando diz que o antitruste não consiste meramente em um conjunto de prescrições econômicas aplicáveis a um setor da economia, mas em muito mais que isso²³: “é também uma expressão de uma filosofia social, uma força educadora, e um símbolo político de potência extraordinária”²⁴ (tradução livre).

22 MATSUSHITA, Thiago L. *Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica*. 2007. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 120.

23 BORK, R.; BOWMAN Jr. W. S. The crisis in antitrust. *Fortune*, p. 138-201, dez. 1963. p. 138.

24 “it is also an expression of a social philosophy, an educative force, and a political symbol of extraordinary potency”. BORK, R.; BOWMAN Jr. W. S. The crisis in antitrust. *Fortune*, p. 138-201, dez. 1963. p. 138.



3. Por que Precisamos do CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, nos moldes que conhecemos, surgiu juntamente à democratização pela Constituição Federal de 1988. Era um período de forte inclusão do país na globalização econômica, o que demandava, além de uma abertura ao mercado externo, uma estrutura de mercado baseada na livre iniciativa e na concorrência entre os agentes econômicos privados, ditando como exceção a participação direta do Estado na economia.

Todo o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, inclusive o CADE, que aparecia na forma de uma autarquia federal, formava-se com a clara função de auxiliar o Estado nessa transição de políticas e práticas centralizadoras de grandes empresas estatais para uma economia de mercado e para a abertura estratégica do consumidor aos conglomerados econômicos internacionais, que já se constituíam transnacionalmente com mais força, sobretudo a partir da década de 1990, após a derrubada do muro de Berlim.

Assim, sobre a atuação do CADE no início da lei 8.884/94, já salientou o ex-conselheiro Ruy Coutinho do Nascimento que “os atos de concentração relativos às privatizações foram todos aprovados, porque desconcentravam poder econômico de mercado”²⁵. Também importa nos referirmos aos termos de Gesner José de Oliveira Filho, ex-presidente do CADE:

Existem quatro coisas novas acontecendo no Brasil, todas elas associadas à maior importância do Cade. A abertura, a desregulamentação, a desestatização e a estabilização. Isso mudou radicalmente o ambiente em que as empre-

25 DUTRA, Pedro. (org.) *Conversando com o Cade*. São Paulo: Singular, 2009. p. 36.

sas estavam acostumadas a atuar. Há uma perspectiva de mercado muito mais ampla, com escalas muito maiores. Hoje já se pode fazer certos planejamentos que antes não eram permitidos. Uma empresa de distribuição de produtos pode utilizar sua frota de acordo com critérios de engenharia de localização e não mais com o objetivo de maximizar o caixa financeiro. Essas novas circunstâncias fazem com que as empresas procurem se reestruturar. Vem daí essa nova visibilidade do Cade.²⁶

Fato relevante que vale ser citado: Renault de Freitas Castro, ex-conselheiro do CADE que assumiu o cargo em 1996, cita o ato de concentração (*joint-venture*) Brahma-Miller como um dos mais importantes que julgou, tendo votado pela aprovação sob fortes condições:

[...] antes da apresentação do meu voto sobre o pedido de reconsideração, um influente ministro de Estado ligou num domingo à tarde para a minha residência, para me pedir um tratamento carinhoso, especial, para o caso, situação absolutamente inusitada [...].²⁷

O economista salienta ainda que “a liberdade do conselheiro era muito ameaçada por conveniências do governo, conveniências políticas de forma geral”²⁸.

Desde o seu ressurgimento com a lei 8.884/94, o CADE adota, na prática, uma política de defesa da concorrência atrelada aos ditames do mercado internacional. Ou seja, visa uma integração cada vez maior do país na globalização econômico-financeira, pela

26 CAIXETA, N. Um acesso de xenofobia no Cade?. *Exame*, 16 jul. 1997. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0640/noticias/um-acesso-de-xenofobia-no-cade-m0053252>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

27 DUTRA, Pedro. (org.) *Conversando com o Cade*. São Paulo: Singular, 2009. p. 71.

28 DUTRA, Pedro. (org.) *Conversando com o Cade*. São Paulo: Singular, 2009. p. 73.

adoção de uma política de governo focada na prelação da eficiência produtiva²⁹ dos atos de concentração, estes que se anunciam como portadores de interesses no mercado estrangeiro. Conglomerados econômicos como a Ambev, a Vale e a Kolynos-Colgate, publicamente visando consumidores no âmbito internacional, são aprovados com restrições irrisórias, às custas de mercados domésticos oligopolizados ou até em regime de monopólio.

Assim, o motivo da existência do CADE, a partir da lei 8.884/94, praticamente foi adequar ao cenário globalizado o desenvolvimento econômico das empresas nacionais, muitas das quais estavam em processo de privatização na década de 1990. Esse processo de adequação se deu frequentemente pela criação de grandes empresas com potencial para competir no mercado internacional. Nesse sentido, Carlos Alberto Bello salienta que “a internacionalização da propriedade das empresas nacionais tem sido muito mais relevante que a entrada autônoma das multinacionais, de forma que não tem aumentado a pluralidade de empresas ofertantes”³⁰. Ou também, como bem argumenta Michel Porter:

Quando a rivalidade local é abrandada, uma nação paga um preço duplo. Não só as companhias enfrentarão menos pressão para serem produtivas, mas o ambiente de negócios para todas as empresas locais na indústria, para seus fornecedores e para empresas em indústrias relacionadas se tornará menos produtivo. Quando uma empresa não é forçada a competir em casa, ela costuma perder rapidamente sua competitividade no exterior. Concorrência local afeta

29 Eficiência produtiva, conforme explicaremos mais adiante, no sentido da coordenação efetiva dos meios de produção em cada indústria, em agrupamentos, para que gerem os melhores resultados possíveis.

30 BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 127.

a produção e o crescimento da produção, mesmo em indústrias cujo escopo geográfico é global.³¹ (tradução nossa)

Ademais, verificamos que a adequação das empresas ao mercado globalizado condiz de forma parcial com os ditames constitucionais e infraconstitucionais que deram suporte normativo ao surgimento do Conselho. Consoante o que até o momento foi apresentado, consideramos que o motivo legal constitucional para a existência do CADE se verifica ao observarmos a regra matriz da ordem econômica pátria, conforme disposta no artigo 170 da Carta de 1988. Este preza, entre outros, o princípio da defesa do consumidor e o ditame da valorização do trabalho humano, sendo que a estruturação privada para a globalização, analisada pelo CADE, somente deveria ser acatada se estivesse conforme os ditos princípios e a finalidade de existência digna para todos, de acordo com os ditames da justiça social, demanda esta da própria Constituição.

A globalização das empresas no cenário atual corresponde também a uma globalização financeira, *e. g.*, de criação de novas indústrias e geração de empregos mais próximos do mercado consumidor, ou seja, nos próprios países consumidores. Outro ponto é que, mesmo se assim não for, a tendência é o enxugamento dos gastos com pessoal através dos ganhos em eficiência tecnológica.

31 “When local rivalry is muted, a nation pays a double price. Not only will companies face less pressure to be productive, but the business environment for all local companies in the industry, their suppliers, and firms in related industries will become less productive. Unless a firm is forced to compete at home, it will usually quickly lose its competitiveness abroad. Local competition matters for productivity and productivity growth, even in industries whose geographic scope is global”. PORTER, Michel. *Competition and Antitrust: A Productivity-Based Approach*. The Antitrust Bulletin, 2001, p. 926. Apud CARVALHO, V. M. de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

Outrossim, as divisas trazidas para o país seriam contabilizadas, numa empresa globalizada, com o volume de exportações, o que, em princípio, concorre, para além da lucratividade dos investidores e sócios, também para o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB).

O PIB há muito tempo deixou de ser o fator preponderante para a avaliação do desenvolvimento. Com a evolução histórica da importância dos Direitos Humanos, especialmente sociais e difusos, outros indicadores foram adotados internacionalmente, com destaque para o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que não se limita à esfera econômica, mas inclui a responsabilidade social e a sustentabilidade como paradigmas basilares para sua medição.

É como já sustentou Lauro Ishikawa, que “não basta proporcionar às pessoas somente o desenvolvimento econômico, que é traduzido pelo PIB, mas sim o desenvolvimento no sentido amplo, explanado pelos estudos do alto comissariado da ONU, que é não somente econômico, mas também, o político, social e cultural”³². Sendo assim, o desenvolvimento não diz respeito ao mero aumento da renda *per capita* ou do PIB, que, “entre outras coisas, não recolhe o grau de igualdade de oportunidades entre os membros de uma comunidade”. Nesse sentido, Nicolás Ângulo Sánchez afirma, a partir de Juan Antonio Carrillo Salcedo, que

[...] o desenvolvimento consiste em “crescimento mais mudança”, e “funda-se em favorecer o bem-estar geral e assegurar o pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais da pessoa humana”. São múltiplas as Re-

32 ISHIKAWA, Lauro. **O direito ao desenvolvimento como concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2008. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 84.

soluções da Assembleia Geral das Nações Unidas onde se insiste neste modo de conceber o desenvolvimento [...].³³

Assim, salientamos, com os dizeres de Joseph E. Stiglitz, Amartya Sen e Jean-Paul Fitoussi:

Quando há grandes mudanças na desigualdade (mais geralmente na distribuição de renda), o produto interno bruto (PIB) ou qualquer outro índice agregado *per capita* pode não fornecer uma avaliação precisa da situação na qual a maioria das pessoas se encontra. Se a desigualdade aumenta muito mais do que a média do PIB *per capita*, a maioria das pessoas pode estar em pior situação mesmo que a renda média esteja crescendo.³⁴ (tradução nossa)

Sobre as políticas que envolvem o conceito de desenvolvimento, cabem ainda as palavras de Joseph E. Stiglitz, consoante indicadas por Lauro Ishikawa:

33 [...] el desarrollo consiste en 'crecimiento más cambio' y 'estriba en favorecer el bienestar general y asegurar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana'. Son múltiples las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se insiste en este modo de concebir el desarrollo [...]. SÁNCHEZ, Nicolás A. **El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, contenido, objetivos y sujetos**. Madrid: Instituto Universitario "IEPALA – Rafael Burgaleta"; IEPALA Editorial, 2005. p. 76-77.

34 When there are large changes in inequality (more generally a change in income distribution) gross domestic product (GDP) or any other aggregate computed *per capita* may not provide an accurate assessment of the situation in which most people find themselves. If inequality increases enough relative to the increase in average per capital GDP, most people can be worse off even though average income is increasing. STIGLITZ, Joseph E.; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. **Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress**. Disponível em: <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rapport_anglais.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014, p. 8.

Existem divergências importantes acerca das políticas econômicas e sociais utilizadas em nossas democracias. Algumas dessas divergências são sobre valores – até que ponto deveríamos estar preocupados com o nosso meio ambiente (quanta degradação ambiental devemos tolerar se isso nos permitir ter um PIB maior); até que ponto deveríamos nos preocupar com os pobres (que sacrifício em nossa renda total estaríamos dispostos a fazer se isso permitisse que alguns dos pobres deixassem a pobreza ou tivessem sua situação financeira um pouco melhorada) [...].³⁵

Enfim, para se ampliar a concorrência, o CADE, mesmo sendo instrumento preponderante para a consolidação das diretrizes constitucionais na ordem econômica brasileira, atua inserido num contexto socioeconômico estruturado por políticas de governo que devem reagir adotando demandas como baixos custos de transação, crescimento do mercado interno e juros mais condizentes com uma economia em evolução. Ou seja, o CADE atua inserido numa economia em desenvolvimento e, por isso, conta com atrativos e deficiências inclusive estruturais, que fogem à competência de dita autarquia.

Apesar disso, desempenha um papel de relevo. A defesa da concorrência realizada pelo Conselho pode ser satisfeita de diversas maneiras, servindo como uma das facetas da defesa do consumidor, além de auxiliar, mesmo que indiretamente, a promover a busca do pleno emprego. A função do CADE é dinamizar o ambiente concorrencial em busca da concreção dos ditames, princípios, fundamentos e objetivos da ordem econômica, consoante exposto na Constituição Federal, na forma de um Estado de Intervenção Necessária, garantindo a todos existência digna mediante o viés da proporcionalidade.

35 ISHIKAWA, Lauro. *O direito ao desenvolvimento como concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana*. 2008. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 130.

Para a constituição de uma sociedade mais justa, solidária e democrática, é importante realizar debates em toda a sociedade sobre o papel do CADE e divulgar sua importância primordial constitucional e infraconstitucionalmente definida na forma de instrumento de defesa da concorrência. Pois, uma vez ciente do papel dessa autarquia, a sociedade adquire a capacidade de questionar, criticar e cobrar que ela satisfaça os pressupostos da ordem econômica pátria.

3.1. Um retrato da defesa da concorrência nas constituições da república brasileira e o surgimento do CADE

as Constituições brasileiras do período republicano, até a Carta de 1934, consideravam o direito de propriedade em seu sentido absoluto, porém sempre, na prática, garantindo a esfera de atuação do poder da aristocracia e da burguesia mais economicamente favorecida. Até o início da década de 1930, as Constituições da República não falavam em concorrência. Como um dos maiores exemplos do intervencionismo estatal no interesse de uma elite nacional, podemos citar a política cafeeira implantada após a crise da Bolsa de Nova York de 1929. Nesse período, diminuí consideravelmente a capacidade do mercado mundial de absorver esse produto que constituía o carro-chefe das exportações brasileiras, tendo os cafeicultores que reduzir a produção e aumentar demais os estoques. Vale salientar que tomamos como exemplo a política nacional relativa ao café porque os produtores detinham enorme poderio político e econômico no país, estando o desenvolvimento do produto praticamente vinculado às decisões governamentais até então adotadas, desde a esfera econômica e social até a política e a cultura brasileiras.

A industrialização nacional, até o início da década de 1930, caminhava impulsionada pelas exportações agrícolas, sem uma política dedicada exclusivamente ao seu desenvolvimento.

Com a Constituição de 1934, houve uma grande alteração jurídico-política mediante a introdução de normativas inspiradas mormente nos largos passos dados pela Constituição do México, de 1917, e pela de Weimar, de 1919, de alto cunho social-democrático, trazendo nova face à axiologia que envolvia até o momento a ordem econômica pátria.

A Carta de 1934 denominou “Da Ordem Econômica e Social” o seu Título IV, associando pela primeira vez, diretamente, esses dois setores. Considerando-os complementares, previa, *e. g.*, no seu artigo 115, que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Isso, porém, apesar de ainda não citar a concorrência em nenhum de seus artigos.

Já na Constituição de 1937, foi estabelecido um capítulo específico denominado “Da ordem econômica”. Nele começou a se constituir um contorno sobre a função do Estado quanto às “deficiências da iniciativa individual”, como dita a própria Constituição, referindo-se ao que poderia, pelo menos textualmente, ser considerado como “falhas de mercado” – tal ideia, hoje amplamente desenvolvida, será explicada com mais detalhes à frente. Assim, a Carta de 1937 dita, em seu artigo 135, que:

Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e *introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, represen-*

tados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. (grifo nosso)

Assim, passa a considerar a competição entre os entes privados, ou seja, a concorrência, como um fator importante a ser regulado pela ordem constitucional e infraconstitucional. Porém, como se verifica, tal regulação busca não colidir – e sim coincidir – com os interesses do Estado, representante da “Nação”. Ou seja, estabelece uma relação de verticalidade entre o jogo competitivo e a instituição estatal.

Além disso, não se fala ainda em defesa da livre concorrência, mas somente na intervenção do Estado nessa concorrência em prol do interesse coletivo (Nação).

O artigo 141 dessa mesma Carta dispõe que

A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

A fim de regular os crimes contra a economia popular, adveio o Decreto-Lei nº 869, de 1938, que em diversos artigos abordava diretamente a defesa da concorrência³⁶. Um dos crimes, por

36 Por ser uma inovação na legislação brasileira, vale transcrever seu conteúdo:

Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza:

I – destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II – abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

exemplo, era o de “celebrar ajuste para impor determinado pre-

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV – reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V – vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI – provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII – dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII – exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX – gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X – fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000\$000 [um conto de réis], com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:

I – celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

II – transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias;

III – obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo”, etc.)

IV – violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto;

V – fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

ção de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor”. Também constituía crime “exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência”. Ambos os crimes eram correlacionados, como se pode verificar, ao hoje denominado “cartel”.

Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000.

Art. 4º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

- a) cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, além daquela taxa;
- b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena: 6 meses a 2 anos de prisão celular e multa de 2:000\$000 a 10:000\$000.

§ 1º Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários do crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessivas transmissões ou execução judicial.

§ 2º São circunstâncias agravantes do crime de usura:

- I – ser cometido em época de grave crise econômica;
- II – ocasionar grave dano individual;
- III – dissimular-se a natureza usurária do contrato;
- IV – ser praticado:

- a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
- b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 anos ou de deficiente mental, interditado ou não;
- V, a reincidência.

§ 3º A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

Art. 5º Quando qualquer dos crimes definidos nesta lei for praticado em nome de pessoa jurídica, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderá interditá-la, uma vez passada em julgado a sentença, sem prejuízo da sanção imposta aos responsáveis.

Art. 6º Os crimes definidos nesta lei são inafiançáveis e serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Neles não haverá suspensão da pena nem livramento condicional.

Ainda sob o manto dessa Constituição, pouco antes da promulgação da Carta Magna de 1946, Getúlio Vargas enunciou o Decreto-Lei 7.666 de 22 de junho de 1945, conhecido como Lei Malaia, responsável por criar o antecessor do atual CADE, qual seja, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, “vinculada ao chefe do Poder Executivo, com poderes para autorizar ou impedir fusões, agrupamentos ou transformações de empresas nos variados setores da economia brasileira”³⁷. Assim, como expressa o CADE:

A Lei Malaia visava à repressão dos atos contrários à ordem moral e econômica. A moralidade não comoveu ninguém, mas a regulamentação da economia – inspirada, aliás, na legislação antitruste norte-americana – provocou compreensível revolta, principalmente nas empresas estrangeiras, que não queriam aqui nenhum dos controles que aceitam lá. Raul Fernandes, João Daudt de Oliveira e Sobral Pinto, comandados por Assis Chateaubriand, se insurgem publicamente contra a lei, na defesa da liberdade de empresa. A Lei Malaia era uma norma com caráter nitidamente administrativo e não criminal como o Decreto-Lei 869/38. Além disso, buscava coibir atos “contrários aos interesses da economia nacional” e não apenas “crimes contra a economia popular”.³⁸

O Decreto-Lei 7.666, dotado de constitucionalidade conforme acima referido, alterou sobremaneira a forma como os agentes econômicos – mormente os da elite econômica brasileira – lidavam com os

37 CARVALHO, Vinícius M. de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. (Coord.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), 2013. p. 38.

38 CARVALHO, Vinícius M. de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. (Coord.) **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), 2013. p. 37-38.

atos econômicos em geral. A partir daquele momento, tinham de agir sob uma normativa que, conforme se enunciava no artigo 1º do texto, visava preservar os “interesses da economia nacional”. O inciso I desse mesmo artigo considerava atos contrários a tais interesses, por exemplo:

- I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:
- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
 - b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
 - c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

A Constituição de 1946 manteve a tradição da Carta de 1934. Também denominou “Da Ordem Econômica e Social” o Título V, porém aproximou-se do que seria normatizado na nossa atual Constituição de 1988 ao alterar o artigo introdutório (art. 145) e os seguintes:

Art. 145 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, *conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano*.

Parágrafo único – A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art. 146 – A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. *A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição*.

Art. 147 – *O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social*. A lei poderá, com observância do disposto no

art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

[...]

Art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, *que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.* (grifos nossos)

A liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano acima mencionadas ressurgem na Carta de 1988 como fundações da ordem econômica. Mesma situação se dá com a intervenção estatal direta na economia: atualmente, em vez de se falar em “interesse público”, a expressão utilizada foi “relevante interesse coletivo”, tendo sido adicionado o imperativo da segurança nacional. É cristalina a permanência e, inclusive, a ampliação da necessidade de que o Estado, em sua intervenção, respeite os direitos fundamentais, já que a Carta de 1988 trata correntemente em todo seu texto de enunciados prescritivos consubstanciados pelos Direitos Humanos fundamentais, inclusive os de origem do direito internacional (art. 5º, § 2º). Sendo assim, verifica-se a importância enunciativa da Constituição de 1946 para a conformação daquela que rege atualmente. Em particular, o artigo 148 acima citado, hoje também confirmado hermeneuticamente pela Carta de 1988 e pela legislação infraconstitucional, será regulado pela Lei 4.137/62, que envolveu longo debate político-legislativo e foi sancionada quase vinte anos após a promulgação da Constituição de 1946. É sob os auspícios dessa lei que nasce o CADE. Nas palavras de Lafayette Josué Petter: “esse órgão colegiado de decisão ficara incumbido, à época, de averiguar a existência de abusos do poder econômico, promover o julgamento das infrações e requerer

ao Poder Judiciário, em certos casos, a aplicação das sanções”³⁹. Porém, cabe salientar a assertiva de Cláudio Monteiro Considera:

De fato, o CADE, criado em 1962, não tinha como função aplicar política concorrencial. A Lei que o criou não previa o controle preventivo de atos de concentração. Sua principal função era controlar abusos de preços e, nessa função, era bem menos aparelhado do que a Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), criada à mesma época para controlar preços e ainda bem menos eficiente do que o Conselho Interministerial de Preços (CIP), que seria criado em 1967.⁴⁰

Com o golpe militar de 31 de março de 1964, houve em seguida a promulgação da Constituição de 1967. Em seu artigo 157, ela previa que

[...] a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III – função social da propriedade;

IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V – desenvolvimento econômico;

VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

39 PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 219.

40 CONSIDERA, C. M. A defesa da concorrência no Brasil. A história da concorrência brasileira é marcada pela intervenção estatal. **FAE Business**, n. 4, dez. 2002. p. 23.

Foi a primeira Constituição a expressamente declarar como princípio da ordem econômica a “função social da propriedade”, redação mantida pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que trouxe inúmeras alterações ao texto constitucional de 1967, sendo inclusive denominada de Constituição de 1969. Apesar de constar na Constituição da época, como princípio da ordem econômica, a “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”, o dito período da história brasileira foi governado pelos famosos Atos Institucionais, muitas vezes absolutamente desvinculados das propostas que emergiam da Constituição então vigente. O papel intervencionista do Estado na gerência da economia se dava sobremaneira no controle de preços e na abertura ou fechamento de mercados, consoante interesses de natureza política de idoneidade ao menos duvidosa. Desta forma, continua Cláudio Monteiro Considera:

O governo militar, iniciado em 1964, interveio na vida política brasileira, reduzindo a capacidade das estruturas corporativas da indústria de influenciar a política macroeconômica, como fizeram durante a industrialização. [...] O objetivo do CIP, igual ao de qualquer cartel, era estabilizar o preço de mercado. Portanto, o controle de preços praticado pelo CIP não era apenas anticompetitivo. Era muito mais danoso, porque: (1) promovia um processo concentrador ao prejudicar as pequenas e menos competitivas firmas; (2) indicava o líder de mercado dando o sinal para acordos tácitos, quando o controle de preços era exercido individualmente através da empresa dominante; (3) quando era realizado um acordo setorial, não havia qualquer necessidade de se caçar cartéis – ele era organizado pelo próprio governo. O CIP convocava reuniões de associações ou sindicatos de produtores e juntos

discutiam custos e fixavam preços. A questão que se coloca é qual o significado da existência do CADE nesse ambiente?⁴¹

Neste sentido, o CADE constituía um ambiente altamente propício à intervenção estatal vinculada a outros compromissos econômicos, diversos da dita defesa da concorrência, especialmente conforme esta é vislumbrada hoje pela atuação da agência. Isso pode ser verificado, *e. g.*, pelas palavras acima de Monteiro Considera, na paradoxal existência do Conselho Interministerial de Preços (CIP) juntamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, enunciando ambas políticas públicas da economia nacional divergentes em seus postulados. Além de almejarem o estabelecimento permanente do controle de preços, os militares tinham interesse em constituir grandes conglomerados econômicos nacionais, inclusive mediante o agrupamento de empresas, para resistir à concorrência estrangeira com vistas a um desenvolvimento puramente econômico vinculado ao PIB, embora tais políticas gerassem concentração de renda e desfavorecessem os consumidores.

Até a década de 1990, o CADE não apresentou mudanças significativas na defesa da concorrência, sendo coerente com as políticas públicas estatais de até então, referenciadas na intervenção estatal de incentivo às grandes empresas e de controle de preços. A partir de 1991, porém, após a democratização do país e o processo de abertura econômica para a globalização iniciado pelo Governo Collor, o Conselho passou a ter um papel muito mais relevante para a economia nacional. Nas palavras de Lafayette Josué Petter:

Suas atribuições foram modificadas pelo art. 14 da Lei nº 8.158/1991, que o classificou como “órgão judicante” da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências pre-

41 CONSIDERA, C. M. A defesa da concorrência no Brasil. A história da concorrência brasileira é marcada pela intervenção estatal. *FAE Business*, n. 4, dez. 2002. p. 23-24.

vistas na Lei nº 4.137/1962 e naquele diploma legal. Assim, o CADE passou a funcionar junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SNDE, embora com autonomia, mas como órgão administrativo, sem personalidade jurídica própria. Com o surgimento da Lei nº 8.884/94, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, mantendo a classificação de “órgão judicante”, passou a ter natureza autárquica [...].⁴²

A Constituição de 1988, por sua vez, impôs a livre concorrência como um princípio, dentre outros, da ordem econômica, visando esta a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Sendo assim, a defesa da concorrência é deontologicamente um enunciado constitucional que demanda promoção do jogo entre os agentes econômicos privados e políticas públicas de Estado para que seja devidamente salvaguardado, e a lei 8.884/94 foi promulgada sob essa demanda, que estava inserida num ambiente de desestatização e globalização de uma economia então sob forte regência direta do Estado.

Para que tal articulação político-econômica se desse de forma eficiente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sob o qual se localiza o CADE, foi sendo moldado através de decisões e programas institucionais muito mais relevantes que nos períodos constitucionais anteriores, tendo sido recentemente atualizado consoante as necessidades estruturais pela lei 12.529/11. Conforme exposto por Vicente Bagnoli,

[...] de 1963 a 1990, a média de julgados por mês no Cade era de 1,4 processo, média que caiu entre 1992 e 1994 para 1 processo. De março de 1994 a março de 1996, a média

42 PETTER, Lafayete Josué. *Direito Econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 219.

subiu para 2,3 processos julgados ao mês, e de 1996 a 1999, com o Brasil numa nova realidade político-econômica e com a Lei 8.884/1994 em vigor e o SBDC atuante, a média mensal subiu para 31,3 processos julgados pelo Cade. Em 2010 a média mensal foi de 63,75 processos julgados.⁴³

Tendo em vista o ambiente de desestatização e inclusão do país no mercado globalizado, Carlos Alberto Bello salienta: “como o Cade já vinha adotando uma orientação liberal, o excesso de zelo do governo indica a tentativa de limitar definitivamente a autonomia do Cade, precavendo-se contra eventuais desejos de autonomia de futuros conselheiros”⁴⁴.

Esse zelo do governo sobreveio, como indica o autor, com a criação, em 1997, de um grupo de dez pessoas, das quais seis eram membros do governo. Tal grupo consultivo foi responsável por indicar as prioridades da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) “nas definições de normas gerais e de condutar para atuação em casos polêmicos e/ou para aqueles para os quais não haja normas claras para ação”⁴⁵. Bello destaca, ainda:

Além de não dar qualquer espaço para instituições da sociedade civil, cabe salientar que, como mais da metade dos membros (seis) não lida com questões antitruste (como a política industrial, por exemplo) – os três mem-

43 BAGNOLI, V. Capítulo II: Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

44 BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 236-237.

45 BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 236.

bros do Conselho de Reforma do Estado, o STN e os presidentes da Finep e da CVM –, transparece que o grupo não está capacitado para discutir casos tecnicamente complexos. *Como esse grupo visava orientar os órgãos antitruste em questões polêmicas, fica evidente que o governo desejava tutelá-los, sinalizando ao Cade a orientação que julgava adequada.*⁴⁶ (grifo nosso)

O controle governamental sobre o CADE, apesar de sua independência normativa como autarquia federal e entidade judicante, foi, e ainda é, a nosso ver, uma realidade que merece ser enfrentada, sobretudo pelo Poder Judiciário, exegetas do direito, economistas e sociedade civil como um todo, em prol da garantia da tutela, por esse órgão, dos pressupostos constitucionais da ordem econômica.

Ainda em 1997, Luís Paulo Rosenberg exarou opinião sobre o papel do CADE nas políticas realizadas naquele período pelas montadoras nacionais de veículos, em face, dentre outras questões, da declaração do então presidente Fernando Henrique Cardoso de que o Brasil teria realizado uma abertura econômica muito rápida. A política automobilística aumentou de 30% para 70% o Imposto de Importação, liberando as montadoras instaladas no país para importar na tarifa de 35%. De acordo com Rosenberg, “o oligopólio local livrou-se da ameaça da concorrência estrangeira. Desde então, os preços dos automóveis nacionais não pararam de subir: quase 50% nos populares, contra algo perto de zero para os demais bens de consumo industrializados”⁴⁷. Mesmo assim, a Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (ANFAVEA) ameaçou cancelar seus investimentos se fosse prorrogado o prazo dessas quo-

46 BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 236.

47 ROSENBERG, L. P. Cadê o Cade? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 fev. 1997. Caderno Dinheiro, p. 2-2.

tas de importação, já extremamente altas. Posteriormente, um aumento de mais 4% nos preços dos veículos foi divulgado também.

Em nenhum momento houve a intervenção do Conselho ou das Secretarias do SBDC, que poderiam ter se manifestado, já que o artigo 20, III, da lei 8.884/94, que instituiu o CADE como autarquia e definiu a estrutura e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelece como infração à ordem econômica o aumento arbitrário de lucros, tornando o agente econômico passível de punição por decisão emitida pela referida autarquia.

Ademais, tendo em vista a pouca divulgação do assunto e a irrisória manifestação pública de insatisfação, “constata-se, portanto, o distanciamento da sociedade em relação ao CADE e a precária discussão do tema no país”⁴⁸.

Ou seja, com o surgimento do CADE como autarquia na primeira metade da década de 1990, algumas críticas podem ser apontadas no que diz respeito à sua efetiva independência decisória. Outrossim, a sociedade civil se mostra despolitizada perante a atuação do CADE, pois pouco ou nada conhece da importância da referida autarquia.

Cabe salientar que ainda é pequena a relevância histórica do CADE, em se tratando da necessária intervenção estatal para que o capitalismo se coadune com os compromissos sociais e difusos estampados na legislação brasileira. Faltam alguns passos para se focar no sentido definido pela regra matriz da ordem econômica (art. 170, CF). A lei 12.529/11 trouxe importantes modificações estruturais para maior eficiência do SBDC. Se efetiva, ela se consolidará num novo e promissor instrumento de defesa da concorrência.

48 BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 239.

3.2. Alguns aspectos sobre a estrutura do SBDC a partir da lei 8.884/94 e relevantes modificações pela lei 12.529/11

considerando o que até o momento foi tratado, este capítulo abordará alguns artigos das Leis 8.884/94 e 12.529/11 centrais para o tema aqui exposto, mormente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, da Secretaria de Acompanhamento Econômico e da Secretaria de Direito Econômico. Também tratará, respeitando a proposta do presente trabalho, das condutas ditadas por ambas as leis como ilícitas e dos remédios e das ações preventivas prescritos como cabíveis.

A exposição da antiga Lei 8.884/94 se justifica por sua relevância para a identificação da postura do CADE nos casos de infração da ordem econômica, especialmente naqueles que mais nos interessam nesta obra: os de atos de concentração, mormente os relativos a mercados oligopolistas. Ademais, como a Lei 12.529/11 é muito recente, com poucos julgados sob sua vigência, a Lei 8.884/94 constitui um passado muito recente, que por isso também deve ser observado para a compreensão dos casos aqui citados.

3.2.1. Algumas considerações e ditames da lei 8.884/94

Além de dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, reformulando a configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a Lei 8.884/94 promoveu uma inovação ao transformar o CADE em autarquia.

O artigo 1º já enunciava como escopo da lei dispor “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 consu-

midores e repressão ao abuso do poder econômico”. Ademais, constava no parágrafo único desse artigo que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Ora, os bens jurídicos protegidos não deixam de ser uma consequência da economia de mercado, sendo esta, portanto, de titularidade da coletividade.

E saliente-se que, com o termo coletividade, não se está somente tratando dos direitos coletivos propriamente ditos, mas de todos que dizem respeito à sociedade e a seus sujeitos partícipes: tanto os de primeira como os de segunda e terceira dimensão, conforme já salientado em capítulo anterior.

3.2.1.1. Da competência dos órgãos do SBDC

O artigo 3º da Lei 8.884/94 enunciou o CADE como órgão judicante e autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com jurisdição em todo o território nacional. Carlyle Popp e Edson Vieira Abdala salientam que Cretella Júnior considera “herético o tratamento do CADE como autarquia, visto que para tanto seria necessária a existência de uma lei especial assinaladora do seu objetivo”⁴⁹, já que autarquias são regidas pelo princípio da finalidade. *Data venia*, discordamos dessa assertiva, pois, ao enunciar que “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”, a lei deixa claro que seu objetivo é a proteção da ordem econômica, sendo a dita ordem integralmente definida pelo artigo 170 da Constituição Federal.

Assim, utilizamos a definição de autarquia exarada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o de-

49 POPP, Carlyle; ABDALA, Edson V. *Comentários à Nova Lei Antitruste*. Curitiba: Juruá, 1997. p. 41.

sempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”⁵⁰.

Dizer, também, que o CADE é órgão judicante pode ocasionar confusões terminológicas, porém entendemos que tal definição se aplica à autarquia por ser um órgão com poder de julgar a questão que lhe é apresentada, mesmo que as decisões, tomadas em âmbito administrativo, estejam sujeitas à revisão judicial. Outrossim, salienta, a nosso ver, a independência do CADE em face das decisões do Poder Judiciário. Ou seja, as decisões do CADE são sujeitas à revisão pelo Judiciário, porém o CADE não tem qualquer compromisso em adequá-las aos argumentos e/ou decisões jurisprudenciais.

Dentre as competências do Plenário do CADE (composto por um presidente e seis conselheiros aprovados pelo Senado Federal e nomeados pelo presidente da República) estão:

Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

- I – zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;
- II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- III – decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;
- IV – decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;
- V – ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- VI – aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;

50 DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 486.

VII – apreciar em grau de recurso às medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;

O Plenário do CADE, portanto, é responsável pela decisão final acerca da existência de infração à ordem econômica, competindo-lhe aplicar as devidas penalidades. Além disso, a Secretaria de Direito Econômico submete ao CADE suas medidas preventivas, em grau de recurso, sendo a autarquia responsável por observar e cumprir as determinações legais sobre outras decisões firmadas pela secretaria, consoante a redação normativa suprarreferida.

Os conselheiros são responsáveis, dentre outras tarefas, por emitir votos nos processos administrativos instaurados e nas demais questões submetidas ao Plenário (art. 9º, I). Quando o conselheiro for relator, compete-lhe proferir despachos e lavrar as decisões (art. 9º, II).

À Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), por sua vez, de acordo com a Lei 8.884/94, dirigida por um secretário indicado pelo ministro de Estado de Justiça, cabia monitorar as práticas de mercado, acompanhando os atos realizados por pessoas físicas ou jurídicas que detivessem posição dominante de mercado, a fim de prevenir as infrações dispostas na lei.

A SDE poderia instaurar processo administrativo ou arquivá-lo, cabendo ao CADE a decisão final. A secretaria também poderia instaurar o processo por conta própria e encaminhá-lo ao CADE somente para julgamento, sendo que este poderia converter o processo em diligência, se não estivesse devidamente instruído.

A SDE tinha competência, ainda, para instaurar em primeira instância “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” (art. 14, XI).

Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), consoante o artigo 10 da Lei 9.021 de 1995,

[...] quando verificar a existência de indícios da ocorrência de infração prevista nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, convocará os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificarem a respectiva conduta.

De acordo com a posterior Portaria 305 de 18/08/1999 do Ministério da Fazenda, no contexto da Lei 8.884/94, a SDE também tinha a competência de, quando verificasse

[...] a existência de indícios da ocorrência de aumento arbitrário de lucros ou de exercício abusivo de posição dominante, nos termos dos incisos III ou IV do artigo 20 da Lei nº 8.884/94, convocar responsáveis e dirigentes de empresas para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificarem a respectiva conduta; [art. 1º, I]

Para tanto, tinha o poder de requisitar o fornecimento de dados sobre a produção, distribuição e consumo de bens e serviços de pessoas de direito público ou privado (art. 1º, II), além de poder proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de qualquer natureza, inclusive em meio magnético, dessas empresas ou de pessoas físicas (art. 1º, III).

3.2.1.2. Das infrações e das penas

No artigo 15 da Lei 8.884/94, está disposto o seguinte:

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.

Esse artigo se refere, portanto, aos destinatários da norma, abrangendo desde as pessoas físicas até as jurídicas de direito público ou privado, de fato ou de direito. O artigo 16 salienta, complementarmente, que às infrações à ordem econômica respondem não só as empresas como também seus dirigentes e administradores, individualmente e de forma solidária.

De acordo com o artigo 20 da Lei 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, mesmo que não 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.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Vale salientar que o § 3º, anteriormente à alteração realizada pela Lei 9.069/95, dispunha posição dominante como sendo o controle de mercado relevante da ordem de 30%. O mercado relevante é estabelecido mediante um cálculo matemático conforme disposto no Documento de Trabalho 001/10 do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) e do Grupo Técnico de Métodos em Economia (GTME) – GT 3, ambos vinculados ao CADE⁵¹. É definido, teoricamente, da seguinte maneira, consoante o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/01:

O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços. [§ 29]

Cesar Mattos, por sua vez, esclarece que descrever o mercado relevante implica responder a algumas questões:

quem são e onde estão localizados os concorrentes que determinado empresário considera quando fixa seus preços. Ou seja, quem são os agentes que determinado empresário observa como seus concorrentes, influenciando ou constringendo, portanto, sua política de preços. A análise de mercado relevan-

51 CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Delimitação de Mercado Relevante**. Versão Pública. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) Grupo de Trabalho de Métodos em Economia (GTME – GT nº 3). Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2014.

te recai, com grande frequência, na concorrência via preços. No entanto, a análise pode ser estendida também para outros tipos de concorrência, como a procedida via qualidade.⁵²

Conforme dita lei, são essas as consideradas infrações da ordem econômica, sujeitas às penas legalmente estabelecidas. O artigo 21 elenca condutas que, ao configurarem as hipóteses dispostas no artigo anterior, caracterizam infração da ordem econômica. São enumeradas cerca de 24 condutas que, a nosso ver, não exaurem todas as hipóteses que poderiam estar relacionadas às infrações na forma em que enunciadas pelo artigo 20, porém, como salientam Popp e Abdala, o texto legal trabalha, nesse caso, “sobre hipóteses, tentando na abstração criativa adiantar-se às condutas que trariam prejuízos à concorrência e à livre iniciativa”⁵³.

O artigo 23, por sua vez, enunciará as penas previstas para a prática de infração da ordem econômica:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez

52 MATTOS, Cesar. Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 5. 1998, p. 7. Apud CORDOVIL, L. Capítulo II: Das infrações. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 106-107.

53 POPP, Carlyle; ABDALA, Edson V. *Comentários à Nova Lei Antitruste*. Curitiba: Juruá, 1997. p. 81.

a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

O dito artigo conta ainda com penas enunciadas pelo artigo 24, que só serão impostas se for preenchido o requisito de exigência pela gravidade do ato ou por interesse público geral. Diante da vagueza desses termos, as condições de aplicação de tais penas serão efetivamente verificadas conforme demandar o caso concreto e a hermenêutica realizada pelos conselheiros em suas decisões.

3.2.1.3. Da medida preventiva e da apresentação do ato ao SBDC

No caso de processo em análise pelo SBDC, a SDE ou o conselheiro-relator podiam adotar medida preventiva, consoante o artigo 52:

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mer-

cado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

De acordo com o artigo 53, havia também a possibilidade de se adotar o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), que, embora estabeleça o compromisso de cessar a prática sob investigação, não constitui confissão sobre a matéria nem reconhecimento de ilicitude no que diz respeito à conduta então analisada.

O artigo 54, por sua vez, tratava dos atos que necessariamente deveriam ser submetidos à apreciação do CADE:

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.

§ 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). [Redação dada pela Medida Provisória 1.950-70/00]

Tais atos, de acordo com o § 4º do artigo suprarreferido, deveriam ser apresentados à SDE (que os encaminharia ao CADE) previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização. Conforme o § 7º, se o ato não fosse aprovado, suas consequências, como os direitos a que ela se opõe, teriam efeito retroativo. Além disso, se o ato não fosse apreciado pelo CADE no prazo de trinta dias, seria considerado automaticamente aprovado.

Vale salientar ainda que as condições estabelecidas no § 1º são cumulativas, ou seja, para que o ato seja aprovado, ou todas as condições são atendidas simultaneamente, ou o ato se encaixa nos requisitos do § 2º.

Tendo considerado alguns importantes aspectos da norma 8.884/94, cabe agora observar as modificações trazidas pela Lei 12.529/11.

3.2.2. *Algumas considerações, ditames e alterações conforme a lei 12.529/11*

A nova lei altera profundamente a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mormente no que diz respeito às tarefas atribuídas às Secretarias e ao Conselho. Aparando arestas deixadas por sua antecessora, a nova lei visa proporcionar um aparato legislativo mais enxuto e eficiente à defesa da concorrência.

Conforme explica Vinícius Marques de Carvalho, essa reestruturação procurou sanar as deficiências do sistema em que havia

[...] sobreposição de tarefas entre três agências distintas: a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) – ambos órgãos encarregados da instrução e da análise preliminar dos casos – e o Cade, autarquia encarregada da decisão final. [...] Com a entrada em vigor da nova lei, a Seae passará a ser responsável primordialmente pelas ações de advocacia da concorrência, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE fará parte do corpo técnico do Cade.⁵⁴

O artigo 1º conserva a mesma redação. Mantendo a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, define a finalidade do SBDC (garantir a livre concorrência e a defesa dos consumidores) e o meio de atingi-la (combater o abuso do poder econômico).

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, aliás, foi ineditamente estruturado pela nova lei, pois formalmente não existia, apesar de haver se constituído materialmente pela ação conjunta do SEAE, SDE e CADE. Conforme o artigo 3º da Lei

54 CARVALHO, V. M. de. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32, 33.

12.529/11, a Secretaria de Direito Econômico foi extinta, mas manteve-se, de acordo com o art. 121, parágrafo único, o seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica, ficando transferidos para o CADE os respectivos cargos do departamento anteriormente pertencentes ao Ministério da Justiça.

3.2.2.1. Da competência dos órgãos do SBDC

Consoante o artigo 5º da nova lei, o CADE, autarquia e órgão judicante, passou a ser composto por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, uma Superintendência-Geral, e um Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica tem a mesma composição do Plenário do CADE enunciada na Lei 8.884/94. Quanto a suas competências, em vez de julgar os processos instaurados pela SDE, agora extinta, analisa aqueles instaurados pela Superintendência-Geral, ou seja, o processo se internalizou e centralizou-se no próprio CADE. O Tribunal (des)aprova e determina, ainda, que a Superintendência fiscalize o cumprimento dos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e de acordos em controle de concentrações. Assim, entre outras funções, compete-lhe:

Art. 9º. [...]

VI – apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;

VII – intimar os interessados de suas decisões;

VIII – requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

IX – contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;

X – apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;

XI – determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;

No Plenário do Tribunal, os conselheiros acabam por desempenhar atividades mais instrutórias e judicantes, deixando para o presidente as atividades mais institucionais e burocráticas.

Já a Superintendência-Geral do CADE tem como competências, consoante o artigo 13 dessa mesma lei:

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 – promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV – decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V – instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

Dessa forma, diversas competências antes delegadas ao SDE foram assumidas pelo próprio CADE, institucionalmente pela recém-criada Superintendência-Geral. Outra competência do órgão que vale salientar é aquela de, ineditamente, poder

[...] realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos. [art. 13, VI, c]

Para tal inspeção, não é prevista a necessidade de autorização judicial, conforme a alínea *d* do inciso VI do mesmo artigo, que, por sua vez, dita a possibilidade de requerer

[...] mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica [...].

Assim, a alínea *c* é contestável, tendo em vista a referida possibilidade de inspeção sem ordem judicial.

Ao Departamento de Estudos Econômicos, também interno ao CADE e dirigido por um economista-chefe, cabe a realização de pareceres e estudos econômicos, assim como determina o artigo 17 da lei, “de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão”.

À Secretaria de Acompanhamento Econômico, o outro órgão atuante junto ao CADE dentro do SBDC, ficou determinada a competência de promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, divulgando o relatório de suas ações anualmente (art. 19, *caput*). Para a promoção da concorrência, tem as seguintes atribuições:

I – opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II – opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III – opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV – elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V – elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI – propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII – manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII – encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

A SEAE é dirigida pelo secretário de acompanhamento econômico, indicado pelo ministro da Fazenda e nomeado pelo presidente da República.

3.2.2.2. *Das infrações e das penas*

As infrações da ordem econômica tiveram algumas alterações, mormente textuais, com ligeiras interferências materiais, em relação àquelas elencadas anteriormente pela Lei 8.884/94 e atualmente concentradas no artigo 36 da Lei 12.529/11.

Uma mudança relevante que podemos citar é a seguinte: a Lei 8.884/94, no artigo 20, conforme já exposto, definia posição dominante como a situação em que “uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como

fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”. Tal posição estaria presumida quando “a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. Porém, com a nova lei, como explicou a exposição de motivos do Substitutivo Ciro Gomes:

O ponto importante é que o critério de faturamento é mais claro e direto do que o de participação no mercado relevante. Isso reduz bastante a insegurança jurídica do critério de notificação, evitando que o empresário tenha que ficar “adivinhand” qual mercado relevante a autoridade irá considerar.⁵⁵

A redação da nova lei, no seu artigo 36, é a seguinte:

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

3.2.2.3. *Da medida preventiva e da apresentação do ato ao SBDC*

A possibilidade de adoção de medida preventiva por parte do CADE não teve nenhuma alteração, como já abordado anteriormente. O artigo 52 da Lei 8.884/94 apenas substituiu o cargo de secretário

⁵⁵ GOMES, Ciro. Exposição de motivos do Substitutivo. Apud TAUFIK, Roberto D. *Nova lei antitruste brasileira – a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 421.

da SDE pelo de superintendente-geral – dada a extinção da secretaria pela nova lei. Assim como o conselheiro-relator, o superintendente tem a função de adotar medida preventiva, por iniciativa própria ou mediante provocação do procurador-chefe do CADE, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo (art. 84). Manteve-se também, como instrumento do SBDC, a possibilidade de se realizar o Termo de Compromisso de Cessação, com ligeiras modificações cujos detalhes fogem ao escopo deste trabalho.

Já quanto à obrigatoriedade de apresentar ao CADE o ato de concentração, os índices de jurisdição estabelecidos são que as partes devem submeter o negócio à análise caso se enquadrem nos seguintes argumentos, cumulativamente: pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (art. 88, I, II).

Excluiu-se, assim, o critério adotado pela lei anterior para caracterizar atos de concentração (participação de empresa ou grupo de empresas em pelo menos vinte por cento de um mercado relevante). Com isso, “o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/94. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva participação do(s) agente(s) econômico(s) em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação”⁵⁶.

56 ANDERS, E. C. Título VII: Do controle de concentrações. Capítulo I: Dos atos de concentração. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI,

A grande modificação, porém, adveio com a adoção do sistema de notificação prévia. A Lei 8.884/94 dizia que os atos de concentração poderiam ser apresentados para exame previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização. Agora, a partir da Lei 12.529/11, o controle dos atos de concentração é prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda (art. 88, § 2º). Desta forma, como escreve Eduardo Caminati Anders:

A adoção do sistema de notificação prévia está em linha com as melhores práticas internacionais e vai ao encontro das jurisdições que contam com os órgãos antitruste mais experientes e respeitados do mundo: a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e a Federal Trade Commission (ambas dos Estados Unidos da América) e a Diretoria Geral de Concorrência (União Europeia). No sistema de análise posterior de atos de concentração, as empresas submetem à análise da autoridade concorrencial o negócio jurídico após a sua realização, comprometendo, em muitos casos, a plena efetividade da decisão do órgão de defesa da concorrência. O sistema de análise prévia altera o incentivo vigente em sistema de controle posterior de concentrações: sendo a aprovação pela autoridade concorrencial condição para a realização do negócio jurídico, as empresas tendem a prestar as informações e esclarecimentos sobre o ato, as suas atividades e os mercados envolvidos, de modo célere e completo, sempre com vistas a obter a aprovação da autoridade antitruste em um menor prazo possível.⁵⁷

Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

57 CORDOVIL, L. Capítulo II: Das infrações. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 208.

3.3. Duas decisões paradigmáticas do CADE a partir de 1994

A seguir, trataremos de dois casos emblemáticos decididos pelo CADE, ambos relativos a atos de concentração fortalecedores de oligopólio em mercados que já estavam nessa condição. São o caso da Ambev e das empresas Nestlé e Garoto. Vale salientar que os dois foram julgados ainda sob a égide da Lei 8.884/94.

3.3.1. Caso Ambev

A Companhia de Bebidas das Américas, ou Ambev, é a sucessora legal, por incorporação, da Companhia Antártica Paulista (“Antártica”) e atual controladora da Companhia Cervejaria Brahma (“Brahma”).

A constituição da Ambev, que envolveu os mercados de fabricação de cervejas, refrigerantes, águas, chás, sucos, isotônicos e malte, foi comunicada à Secretaria de Direito Econômico, ao CADE e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda em julho de 1999. No presente trabalho, tendo em vista a proximidade dos argumentos, vamos nos ater aos pareceres exarados pela SDE e pelo CADE.

3.3.1.1. Análise da Secretaria de Direito Econômico

A SDE considerou, em seu parecer, que a operação conferiria à Ambev um substancial poder de mercado no ramo cervejeiro, demonstrando que “as barreiras à entrada são elevadíssimas no mercado brasileiro de cervejas, tornando muito difícil o ingresso efetivo de

importações e de novas empresas, em tempo socialmente aceitável”⁵⁸. Além disso, o parecer defende sob diversos aspectos que, mesmo com as empresas já existentes no setor, haveria chance de ocasionar a ausência de um mercado suficientemente competitivo se tal ato de concentração fosse concluído sem quaisquer restrições.

A definição do mercado de cervejas como mercado relevante foi realizada por uma abordagem de racionalização com base na probabilidade de eventuais danos à concorrência. Promoveu-se, assim, uma técnica também utilizada pela Federal Trade Commission e pelo Department of Justice, ambas agências americanas, que da seguinte forma já se pronunciaram:

O processo de definição do mercado relevante está diretamente relacionado à análise dos efeitos concorrenciais. Ao analisar atos de concentração, as agências identificam riscos específicos de potenciais danos à concorrência e delinham os mercados apropriados nos quais a probabilidade de que esse dano ocorra será avaliada.⁵⁹

No que diz respeito à probabilidade de abuso do poder econômico, a SDE avalia o caso sob duas perspectivas, como principais argumentos contrários ao abuso: (i) a presença de forte rivalidade no mercado entre a Ambev e as outras marcas, situação evidenciada pela existência de substituição entre marcas e (ii) o não alinhamento dos vários atores da cadeia de distribuição (fabricante, distribuidor exclusivo, distribuidor multimarca, varejista), que serviria como uma espécie de “contrapoder” suficiente para inibir o abuso por parte da Ambev.

58 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 101.

59 FTC, Federal Trade Commission; DOJ, Department of Justice. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, 2006. Apud TAUFIK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 164.

Sobre o primeiro argumento, a SDE realizou uma primeira análise em face dos preços das cervejas concorrentes existentes no mercado, verificando que

[...] há altos índices de correlação de preços das marcas Brahma, Antarctica, Skol, Kaiser e Schincariol [...]. Essa correlação é uma das variáveis consideradas na definição do mercado relevante de produto. *Dentre outras coisas, ela pode indicar se uma empresa fixa os seus preços observando os preços das outras empresas no mercado. A Schincariol, por exemplo, procura sempre manter um diferencial de preços entre 20% e 30% em relação às marcas líderes, em cada mercado.*⁶⁰ (grifo nosso)

A SDE também realizou, entre outros, um estudo sobre o grau de rivalidade entre as marcas Ambev e não Ambev e concluiu que:

[...] a rivalidade que as marcas não-Ambev podem oferecer às marcas Ambev é absolutamente incapaz de contestar o exercício do poder de mercado por parte da empresa. Vale dizer, a substituição entre as três principais marcas da Ambev e todas as outras é limitada e insuficiente para inibir o exercício de poder de mercado.⁶¹

Ou seja, foi identificada forte concentração de poder de mercado na empresa em análise. A potencialidade de exercício abusivo do dito poder era, portanto, alta.

Quanto ao segundo fundamento da Ambev – “o não-alinhamento dos vários atores da cadeia de distribuição” –, a SDE argumenta que o poderio econômico da empresa seria tão alto que importaria ainda mais uma posição de subordinação do distribuidor

60 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 106.

61 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 115.

exclusivo advinda do contrato de distribuição. Assim, uma das importantes ponderações da Secretaria foi:

[...] a capacidade de a Ambev restringir ou expandir os territórios de atuação dos distribuidores, de comercializar seus produtos diretamente no canal de auto-serviço e de limitar a quantidade de produtos a ser entregue, sem que isso gere qualquer direito aos distribuidores terceirizados, reflete o grau de impotência destes frente às políticas da empresa. A incapacidade de contestação dos distribuidores exclusivos tem como exemplo histórico mais notável as recentes reestruturações das redes de distribuição das requerentes, nas quais quase metade dos distribuidores foi descredenciada sem que houvesse qualquer capacidade de reação efetiva. Concretizada a operação sob exame, o poder de mercado das requerentes será muito superior ao existente no momento daquela reestruturação, aumentando ainda mais a capacidade de imposições unilaterais, visto que não restará alternativa aos distribuidores. Na ausência de um terceiro fabricante de cerveja capaz de absorver o *know-how* e os ativos imobilizados, aos distribuidores não restará saída que não seja a aceitação das decisões impostas pela Ambev. Assim, após a operação, o controle externo dos distribuidores [...] será ainda mais exacerbado.⁶²

Outra análise de relevância ímpar para o presente trabalho realizada pela Secretaria de Direito Econômico no ato de concentração em questão diz respeito à possibilidade de abuso da posição dominante nos canais de consumo.

Nesse quesito, os dados levantados indicaram que as três marcas de cerveja dominantes do mercado – Skol, Brahma e Antarctica – estariam submetidas, anteriormente à fusão, a uma relativa competição, pois eram à época as marcas mais lembradas pelo consumidor e ado-

62 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 117-118.

tavam, como já dito, um posicionamento de preços bem semelhantes. Levando isso em conta, a SDE avaliou o ato em questão com base na tese de que o aumento de preço poderia ser ocasionado tanto quanto “(i) maior a possibilidade dos consumidores de migrar para uma marca de sua carteira e (ii) menor a possibilidade de um reposicionamento dos produtos dos rivais e da entrada eficiente e a tempo”⁶³.

A possibilidade de migração está diretamente relacionada à característica de substitutibilidade da referida marca no mercado. Assim, na (in)existência de produto equivalente e dependendo da fidelidade do consumidor à marca, se analisa a hipótese de migração de carteira.

O reposicionamento dos produtos concorrentes e a entrada tempestiva e eficiente suscitam, a nosso ver, dois pontos principais: (i) a possibilidade de readequação dos concorrentes à nova estrutura de mercado ocasionada pelo ato de concentração, no sentido da capacidade de absorção, não somente da demanda residual, já que isso não proporciona por si só um ambiente concorrencial, mas principalmente da demanda efetivamente disputada; e (ii) a possibilidade de entrada de importações ou de empresas no cenário competitivo do mercado relevante com eficiência, ou seja, possibilidade de efetiva responsividade aos fatores emergentes de uma situação (no caso, pouco) concorrencial de mercado e em tempo hábil, ou seja, em tempo de reestruturar a organização do mercado (mesmo não tendo esse objetivo, pois busca, obviamente, o lucro) a fim de colocá-lo num patamar que auxilie a garantir o pressuposto da defesa da concorrência: o bem-estar do consumidor e a existência digna para todos (art. 170, CF).

Após a análise da SDE sobre a possibilidade de abuso, por parte da Ambev, da posição dominante nos canais de consumo, levando em consideração os pontos acima indicados, concluiu-se que não

63 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 127.

havia nada a impedir a “Ambev de exercer o seu poder de mercado sobre os consumidores de cerveja do país”⁶⁴. Porém se ressaltou que:

No sistema legal brasileiro, a constatação da efetiva possibilidade de exercício de poder de mercado pela empresa concentrada não leva necessariamente à reprovação da operação. É preciso contrapor os potenciais prejuízos que tal concentração causaria ao mercado às eficiências que geraria para a sociedade, de forma a avaliar os efeitos líquidos da operação.⁶⁵

3.3.1.1.1. A SDE e as eficiências

A análise das eficiências tinha como propósito verificar se o ato de concentração atendia aos requisitos para autorização por parte do CADE, estabelecidos no artigo 54 da lei vigente no momento, qual seja, a nº 8.884/94.

Vale salientar que a SDE encontrou diversas incoerências nos valores apresentados pela Ambev, referentes às supostas eficiências do ato de concentração em análise. Chegou a afirmar inclusive que, tendo em vista alterações substanciais nas metodologias de cálculo apresentadas durante a instrução processual, “a credibilidade dos números apresentados pelas requerentes ficou bastante prejudicada, restando a impressão de que tais dados não teriam fundamento concreto”⁶⁶.

Outrossim, a SDE documenta as eficiências fundamentadas pela Ambev, dentre as quais selecionamos, para fins de análise, algumas de certa relevância para o presente trabalho.

Primeiramente, foi necessário verificar o atendimento ao art. 54, §1º, inciso I, da Lei, que ditava:

64 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 135.

65 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 135.

66 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 138.

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;

Sobre essas condições legais, alguns dos critérios analisados pelo SDE foram os seguintes: (i) ganhos de eficiência na área industrial, em valores não divulgados pela secretaria, pois confidenciais; (ii) redução de custos com alugueis de imóveis, despesas gerais (parte), pessoal (pequena parte), informática, jurídico, manutenção (parte) e terceiros (parte); (iii) redução dos custos de “puxada”, ou seja, de retirada dos produtos da fábrica.

Aqui cabe um parêntese. A SDE considerou que os distribuidores – e não a Ambev – é que arcaiam com a redução desses custos, num primeiro momento. A secretaria salienta, ainda, que a redução desses custos realmente poderia ocasionar uma redução nos preços ao consumidor final, porém conclui, acertadamente, que

[...] é bem provável que as fábricas se apropriem desses ganhos, simplesmente aumentando o preço-fábrica para os distribuidores. Nesse caso, não haveria qualquer repasse para os consumidores e toda a eficiência gerada num segmento (distribuição) seria absorvida por outro (produção). Pode-se considerar, como dito, que essa é a hipótese mais provável, uma vez que *não há nenhum motivo pelo qual as fábricas, podendo obter maiores lucros, os deixassem para os distribuidores.* (grifo nosso)⁶⁷

67 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 144.

Mesmo ciente de que os ganhos da eficiência dificilmente seriam repassados ao consumidor final, a SDE logo em seguida afirma, sem qualquer justificativa adicional, que “tentando-se evitar uma rigidez excessiva na análise, pode-se considerar que a redução dos fretes, no valor indicado pelas requerentes, seria uma possível externalidade positiva, aceitável como eficiência decorrente do ato sob exame”⁶⁸.

Continuando, outros critérios de eficiência foram os seguintes: (iv) redução de custos a serem obtidas na racionalização do uso de equipamentos para sopro de embalagens PET; (v) redução de emissão de CO₂; (vi) unificação das administrações e implantação das melhores práticas. Esses dois aspectos enfeixados no item vi foram tratados de maneira diversa no parecer da SDE. Porém os unificamos aqui por abordarem, na visão da Secretaria, uma suposta eficiência trazida pela redução do contingente de mão de obra, entre outros aspectos. A SDE aponta, ademais, erro no cálculo da Ambev, já que este não poderia ter sido feito sobre o total de funcionários da Antarctica, mas apenas sobre os funcionários remanescentes.

Ou seja, a demissão de funcionários é tratada como um ganho de eficiência. E de fato ela é, obviamente, mas não para o mercado, nem para a economia brasileira como um todo, especialmente sob um viés constitucional – constitui um ganho apenas para a empresa. Pode-se fundamentar que o consumidor final sairia beneficiado pela redução dos custos da Ambev. Porém tal redução dificilmente seria repassada para os consumidores, sobretudo num ambiente oligopolizado. Outrossim, não se fala em momento algum no parecer da secretaria sobre a forma de realização dessas demissões: através de acordo com o sindicato, de inclusão de cursos de capacitação, de realocação de funcionários ou quaisquer medidas de redução de danos diante de um processo financeiro dessa monta?

68 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 144.

Esses são alguns exemplos da análise das eficiências pela SDE no que diz respeito ao art. 54, § 1º, inciso I da Lei, considerando-se estes atendidos pelo ato de concentração em questão.

Já sobre os requisitos do inciso II do § 1º do mesmo artigo, ou seja, que “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”, a SDE entendeu como não atendidos, tendo a Ambev se baseado em dois argumentos principais:

Numa vertente afirmam que a operação não lhes dará poder de mercado suficiente para elevar preços, pois a concorrência (via redes de distribuição exclusiva independentes entre si) estaria preservada [...], ao passo que as importações também desempenhariam um importante papel, mitigando a sua capacidade de elevar preços. Outra linha de argumentação [...] é a de que a Ambev seria obrigada a baixar preços para fazer face à concorrência dos demais agentes do mercado constituindo, essa redução de preços [...] e o lançamento de novos produtos, o repasse das eficiências para o consumidor.⁶⁹

Nesse sentido, a SDE rejeitou o primeiro argumento pelo simples fato de que, com a diminuição ainda maior da concorrência num mercado já oligopolizado, a Ambev teria, sim, poder de mercado suficiente para elevar os preços, fazendo o que fosse necessário para o aumento dos lucros, “até às custas de uma redução da sua participação de mercado, uma vez que o objetivo da empresa é a maximização dos lucros e não da parcela de mercado”⁷⁰.

Na mesma linha, a secretaria não encontrou guarida para a fundamentação da empresa sobre a redução de preços que seria

69 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 162.

70 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 162.

supostamente necessária em face da concorrência com os demais agentes econômicos do mercado. E chegou a tal conclusão basicamente pelos mesmos motivos, salientando ainda que marcas aparentemente concorrentes como a Kaiser já contavam com uma faixa de preço abaixo daqueles estabelecidos pelas líderes Skol, Brahma e Antartica (marcas Ambev), atingindo, por isso, um público diverso e, mesmo com essa política, não incorrendo em competição acirrada com as referidas marcas.

Nesse sentido, concordamos com a SDE, para a qual

[...] o empresário só repassa ao consumidor os ganhos que não pode reter, ou seja, *os ganhos que o processo competitivo lhe obriga a repassar*. Esse é o âmago das legislações anti-truste: preservar a concorrência, para proteger o consumidor e obrigar a distribuição das eficiências produtivas com toda a sociedade.⁷¹ (grifo nosso)

Já no que diz respeito aos mandamentos do inciso III do § 1º do art. 54 da então lei de Defesa da Concorrência 8.884/94, a análise desse ato de concentração deve se ater à possibilidade ou não de “eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços”. Neste sentido, já foi referido acima o ambiente de oligopólio em se encontrava o setor cervejeiro mesmo antes do ato de concentração. Porém, vale menção aos dizeres da Secretaria:

Tomando-se o Brasil como um todo, já é possível perceber que haverá uma sensível redução da concorrência em virtude da operação em exame. Utilizando-se os índices C3 e HHI para o ano de 1998, verifica-se que o primeiro passa de 87,9% para 95,3% o que indica que não há outros concorrentes expressivos no mercado. Quanto ao HHI, ocorre uma elevação de 2.423 pontos. Observe-se que para um

71 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 161.

HHI superior a 1800 pontos já se considera que o mercado é concentrado e que quanto mais longe do zero estiver a situação inicial, mais grave é o aumento do HHI em termos concorrenciais. No caso em tela, a situação já era bastante concentrada antes da operação. Assim, o aumento do HHI nesse caso surge como um indicador muito sério de redução da concorrência. Combinando os dois índices, *conclui-se há um grande aumento da concentração sem um número razoável de agentes para restaurar a situação de competitividade. Logo, a situação futura não parece promissora.*⁷² (grifo nosso)

Outro inciso do §1º do art. 54 da Lei 8.884/94 que demandava observância era o IV. Ele ditava que fossem observados “os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”, ou seja, para que o ato de concentração fosse aprovado, necessário seria que os objetivos do ato de concentração estivessem esclarecidos pelos requerentes a fim de se verificar se o processo de concentração se daria de tal forma que não extrapolasse os limites necessários para o alcance das metas.

Sobre esse requisito, esclareceu a Ambev, consoante a SDE, que seu objetivo era o de tornar-se uma empresa competitiva em níveis internacionais. A conclusão da secretaria, porém, foi de que não haviam sido observados os limites estritamente necessários para se atingir a dita finalidade:

Na verdade, à parte esses planos internacionais, a Brahma viu a oportunidade de fazer um excelente negócio: assumir uma empresa com pequenos problemas administrativos e com dificuldades financeiras de curto prazo, mas com grandes ativos e fluxo de caixa positivo. *Simultanea-*

72 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 171.

mente, estaria eliminando o maior competidor (e o processo concorrencial, junto com ele).⁷³ (grifo nosso)

O argumento-base da SDE para tal conclusão é o de que, se a intenção da Antarctica era internacionalizar-se, poderia muito bem fazer isso através de ato de concentração com empresas latino-americanas, de menor porte porém já baseadas em outros países. Ou seja, a concentração com a Brahma não seria o único caminho para que a Antarctica se tornasse uma companhia de atuação internacional.

Outrossim, poderia também negociar com empresas líderes em mercados estrangeiros, o que também facilitaria a entrada da empresa no âmbito internacional – isso poderia ser uma grande aposta especialmente no caso da Brahma, já que esta não precisaria arcar com as dívidas da Antarctica. Ou seja, se o objetivo real é a internacionalização das marcas, “não há muito sentido em assumir uma dívida de terceiros para, depois disso, iniciar grandes investimentos”⁷⁴, se há diversas outras opções de mercado.

Convém observar que os incisos do artigo 54 da Lei 8.884/94 então vigente eram cumulativos, ou seja, todos os itens deveriam ser atendidos indispensavelmente para a aprovação sem restrições do ato de concentração em análise. Nesse sentido, a existência do § 2º desse mesmo artigo, prescrevia que

§ 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.

73 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 176.

74 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 175-176.

Quanto a esse requisito, a Secretaria adotou a seguinte posição:

Inicialmente, como se viu acima, apenas o inciso I do § 1º foi atendido. Nos demais incisos, não se verificou o atendimento aos requisitos legais. Por conseguinte, não há possibilidade de aplicação do § 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. É importante ressaltar, ainda, a dificuldade de considerar de preponderante interesse da economia nacional uma operação que traz ganhos exclusivamente privados (os benefícios não viriam para o bem comum). Ao mesmo tempo, foi amplamente verificado que o consumidor não teria benefícios sensíveis com a operação, ao passo que a concorrência ficaria muito afetada, com reflexos finais deletérios sobre o consumidor.⁷⁵

Vale salientar a observação da Secretaria de Direito Econômico de que “proliferam em todo o mundo estudos demonstrando a fragilidade dos governos diante da mobilidade dos capitais, sem que ninguém, até o momento, tenha encontrado meios para controlar esse fluxo”⁷⁶. Ou seja, era realmente difícil encontrar motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum que não implicassem prejuízo ao consumidor ou usuário final e que justificassem esse ato de concentração.

Com base em tais considerações, a SDE recomendou a adoção de certos rearranjos estruturais do mercado para a aprovação do ato de concentração em questão, ou seja, aprovação com restrições, nos seguintes termos:

- (i) Alienação englobada, para um único comprador, de um dos três principais negócios de cerveja controlados

75 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 177.

76 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 181.

pelos requerentes. Isto é, deve ser desinvestido o negócio Skol, ou negócio Brahma, ou o negócio Antarctica;

(ii) o desinvestimento deve incluir todos os ativos tangíveis e intangíveis necessários à viabilidade do negócio, incluindo, dentre outros, capacidade produtiva, marcas, contratos de distribuição e contratos de associação com cervejarias estrangeiras;

(iii) o desinvestimento deve incluir capacidade produtiva em todos os mercados relevantes geográficos, especialmente nos mercados 3 e 5, onde apenas as requerentes possuem fábricas;

(iv) o prazo máximo para o desinvestimento deve ser fixado em seis meses, a contar da decisão final do CADE, sob pena de desconstituição da operação, conforme o § 9º da Lei nº 8.884/94;

(v) o plano de desinvestimento, com relação detalhada dos ativos a serem alienados, bem como a modelagem da alienação, deve ser apresentado previamente ao CADE;

(vi) o comprador do negócio não deve manter nenhuma relação direta ou indireta com os grupos econômicos a que pertencem as requerentes ou com seus administradores;

(vii) o comprador do negócio deve ser aprovado pelo CADE, que verificará sua independência e a viabilidade de seu plano de investimentos;

(viii) a medida cautelar adotada pelo CADE deve permanecer vigente até que seja concluída a alienação do negócio.⁷⁷

Conforme veremos adiante, as restrições acima são muito mais severas do que as impostas pela decisão final do CADE. Porém, vale

77 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 204-205.

salientar que, a nosso ver, a própria SDE já poderia ter disposto, por exemplo no item VII, que o comprador não poderia deter mais de 20% do mercado relevante e que deveria, sob análise do CADE, ser considerado capaz de manter a(s) marca(s) alienada(s). Assim, condicionaria mais ainda o mercado a uma abertura a novos potenciais concorrentes, quando estes se estabelecessem como proprietários de marcas até então de importância singular no mercado nacional: Skol, Brahma ou Antarctica. Porém, consoante se verificará em seguida, o CADE optou por caminho bem diverso.

3.3.1.2. *Análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*

A conselheira que relatou o processo, Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, acolheu o mercado relevante nos mesmos moldes do que fora definido pela SDE, considerando que não haveria concentração de poder econômico em quaisquer dos mercados a não ser o de cerveja, que, por esse motivo, mereceu uma análise mais detalhada. Chegou a relatora a afirmar, em harmonia com o parecer da SDE, ser “inegável o poder de mercado das Requerentes em âmbito nacional, mesmo antes de constituírem a Ambev”⁷⁸.

A seguir, a relatora atacou alguns dos argumentos levantados pela SDE. Uma das críticas era que esse ato de concentração estava sendo alvo de preocupações excessivas, tendo em vista que a cerveja não é um produto primário, ou seja, não é essencial à vida humana.

Além disso, prosseguia Pereira da Silva, a hipótese de o ato de concentração ocasionar danos ao comprador pelo aumento de preços não se verificaria na realidade, já que o consumidor saberia

78 CADE, Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12. Voto da relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. p. 37.

identificar um abuso de preço e, assim, apesar da lealdade à marca, migraria para outra. Em seus termos:

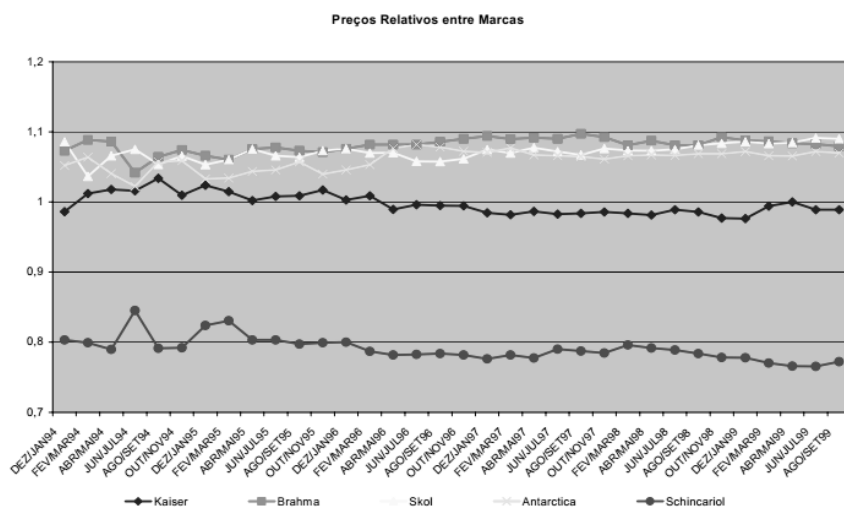
O que se verifica é que o exercício do poder de mercado das Requerentes, no que concerne à imposição de preços, poderá ficar frustrado a partir da reação do consumidor e mais, a partir da reação das empresas concorrentes que, imediatamente, utilizar-se-ão de suas estratégias eficientes para recompor o ambiente concorrencial.⁷⁹

Tendemos, porém, a discordar dessas críticas realizadas pela relatora. Primeiramente porque, embora a cerveja realmente não seja um produto primário, ela está culturalmente arraigada na sociedade brasileira – nosso país está entre os quatro maiores consumidores de cerveja do mundo. Esse fator não foi levado em consideração na análise de Pereira da Silva. A influência cultural da cerveja no Brasil, e conseqüentemente seu alto nível de consumo, é ponto crucial para a verificação da importância do produto no mercado nacional.

A nosso ver, o outro aspecto por ela levantado também não se verifica na prática. Ou seja, os consumidores não migram para outras marcas, que portanto não proporcionam “estratégias eficientes para recompor o ambiente concorrencial”. E isso pelo simples motivo de que, historicamente, ainda antes da Ambev, a variação do preço das cervejas foi mínimo. Pelo menos na análise dos preços, uma marca acompanhava de perto a outra, comportamento que decorria, de acordo com nosso entendimento, das características do mercado: sendo este extremamente oligopolizado, favorecia a prática comercial nada benéfica ao consumidor de equalização dos preços entre aqueles que supostamente deveriam ser agentes econômicos competidores. A figura abaixo, para exemplificar, retirada do parecer da Secretaria de

79 CADE, Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12. Voto da relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. p. 40

Direito Econômico, mostra a evolução de preços das cinco principais marcas concorrentes no mercado nacional:



Elaboração: SDE / Dados AC Nielsen

Figura 1 – Preços relativos entre as marcas de cerveja concorrentes desde 1994 e setembro de 1999

Como podemos verificar, a variação de preços foi ínfima durante os 5 anos mostrados no gráfico acima, sobretudo no caso das marcas Brahma, Skol e Antarctica, que praticamente acompanharam a mesma linha de preço, não havendo qualquer indício de um ambiente concorrencial saudável para os consumidores. Não vemos, portanto, motivo para esposar o argumento de que haveria reação das empresas concorrentes com vistas a recompor o ambiente concorrencial.

Vale salientar que não desconsideramos a assertiva de Ana Maria de Oliveira Nusdeo de que, no ambiente oligopolizado, como as empresas estão cientes dos riscos de uma guerra de preços, realiza-se a competição em outras esferas. “Nesse sentido, são comuns a intensa publicidade ou variações na qualidade dos pro-

duto destinadas à atração de clientela – aspectos muito difíceis de serem coordenados em interdependência pelos concorrentes⁸⁰. A questão é que, mesmo se considerarmos esses aspectos, a opção de escolha dos consumidores continuaria reduzida, e a dita forma de competição prosseguiria limitando a possibilidade de preços mais baixos. Tal forma de competição, salientada por Nusdeo, também ocorre em mercados mais competitivos, não sendo uma exclusividade dos ambientes oligopolistas. Sendo assim, mesmo considerando a afirmação de Nusdeo, a estabilidade dos preços provocada mormente por um mercado não competitivo continua a ser um problema para a garantia do bem-estar do consumidor.

A reação, se houvesse, seria limitada e ínfima, refletindo pouco ou nada nos preços, quando comparada com mercados altamente concorrentes (a Ambev, atualmente AB Inbev, em 2011, contava com aproximadamente 68% do *marketshare*; a Schincariol, com aproximados 11% e a Petrópolis com pouco mais de 10%, totalizando, somente com essas três empresas, quase 90% do mercado).

Outro argumento de Pereira da Silva foi, em seus termos, o seguinte:

É importante acrescentar que as operações de fusões, aquisições e ou qualquer outro tipo de Ato de Concentração econômica, visto pelo CADE, não pode ser analisado apenas como um ato de mercado interno, na busca de soluções de curto prazo e de impactos apenas para dar satisfação à opinião pública. O CADE tem um papel técnico muito maior e mais abrangente, que é o de colaborar com a ordem econômica, fortalecendo-a, de modo a lançar a economia brasileira no contexto da economia mundial para enfrentar eficientemente a competitividade internacional. *Quando a*

80 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (o controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38.

Lei de Defesa da Concorrência conferiu ao CADE o poder de zelar pelos seus ditames constitucionais de Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência, quis com isto, o legislador, demonstrar que este Conselho não deve ficar mergulhado na obsessão simplista de verificar apenas eficiências internas e poder de mercado restritos ao território nacional, buscando medidas paliativas de modo a fragmentar as empresas e permitindo que outras empresas mais fortes, multinacionais, venham a dominar todo o mercado nacional.⁸¹ (grifo nosso)

Ora, concordamos com a conselheira quanto à importância da participação de empresas brasileiras no cenário internacional. Porém tal observação deve ser feita com reservas. Primeiro, convém frisar que a liberdade de iniciativa e a livre concorrência são ditames advindos mormente da Constituição pátria de 1988, que, no seu artigo 170, defendeu a primeira como fundamento e a segunda como princípio. Ambas integram a ordem econômica, que visa, consoante o mesmo artigo, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Portanto, verificar as eficiências internas não é, a nosso ver, obsessão simplista. Claro que o mercado internacional deve ser considerado, mas sempre visando os princípios e objetivos da ordem econômica brasileira dispostos na Carta Magna de 1988. Ou seja, consideramos que a conselheira acaba por favorecer que grandes conglomerados econômicos nacionais realizem concorrência internacional e criem ou fortaleçam um ambiente oligopolista doméstico, que desfavorece os consumidores brasileiros em seu bem-estar.

81 CADE, Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12. Voto da relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. p. 42.

O papel do CADE, com toda certeza, “é o de colaborar com a ordem econômica, fortalecendo-a, de modo a lançar a economia brasileira no contexto da economia mundial para enfrentar eficientemente a competitividade internacional”. Porém, o fortalecimento da ordem econômica pátria somente ocorrerá mediante a instauração de uma economia competitiva e saudável, o que não acontece com a insistente existência de oligopólios no mercado nacional.

Os argumentos acima apontados pela relatora levaram-na a emitir parecer em prol da criação da Ambev, com algumas condicionantes, assim como fizeram os conselheiros Mércio Felsky e Marcelo Calliari e o presidente do CADE, Gesner de Oliveira, apesar das diferenças quanto ao conteúdo do Termo de Compromisso de Desempenho.

Vale, por isso, trazer alguns elementos do único parecer divergente do processo, qual seja, o do conselheiro Ruy Santa Cruz, que nos argumentos iniciais de seu parecer dispõe:

Se da intervenção parcial (adotada no lugar da pura e simples desconstituição) emergiu um agente com maior poder econômico, com maior poder de manipular o mercado, com maior capacidade de impor sua política comercial, não terá o CADE cumprido seu papel integral, inalienável, de defender o direito da coletividade à livre concorrência.⁸²

Em face do argumento mais forte levantado pelas requerentes para a realização do ato de concentração – qual seja, a justificativa de que a fusão seria a única forma de enfrentar o mercado globalizado –, Santa Cruz expõe ainda, de forma a nosso ver bastante lógica e coerente, que há outros caminhos, como o das *joint-ventures* já anteriormente realizadas pelas cervejeiras nacionais com outras internacionais.

82 CADE, Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Voto do conselheiro Ruy Santa Cruz. p. 5.

Outrossim, salienta que, “de fato, a redução da competição e a excessiva concentração no mercado de cerveja no Brasil é a forma menos recomendável para enfrentar a concorrência internacional”⁸³. E isso seria pelo motivo de que “a experiência histórica já mostrou que *um forte e saudável ambiente concorrencial no mercado interno é o melhor estímulo para que as empresas nacionais suportem e se habilitem para enfrentar a concorrência internacional*”⁸⁴ (grifo nosso).

O conselheiro também se opõe ao argumento de que tal ato de concentração garantiria que a Antarctica fosse controlada pelo capital nacional, aumentando o nível de emprego e de desenvolvimento das regiões menos favorecidas.

Diz Santa Cruz que o controle pelo capital nacional não é fundamento jurídico para a autorização de determinado ato de concentração, pois a Constituição brasileira não estabelece qualquer distinção quanto à origem do capital. Além do mais, o nível de emprego tende a ser mais reduzido por força das eficiências produtivas privadas adquiridas a partir da fusão, não apresentando, ademais, nenhuma relação com o desenvolvimento de regiões menos favorecidas.

Fundado em razões dessa natureza, o conselheiro emitiu parecer pela desconstituição do ato de concentração entre Brahma e Antarctica:

Uma operação como esta, que concentra mercado substancialmente, só pode ser aprovada se as barreiras à entrada de novos concorrentes forem reduzidas, ou os clientes tiverem suficiente poder de barganha, ou se as elasticidades da demanda forem altas, ou se houver qualquer outro fator estrutural no mercado afetado que impeça o *exercício do*

83 CADE, Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Voto do conselheiro Ruy Santa Cruz. p. 61.

84 CADE, Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Voto do conselheiro Ruy Santa Cruz. p. 61.

*poder de mercado – e não há como supor que o detentor do poder de mercado deixará de exercê-lo, se não houver condições estruturais que o impeçam. Também pode ser aprovada se sua implementação trouxer ganhos inerentes à operação, que compensem o prejuízo causado à coletividade.*⁸⁵ (grifo nosso)

Nesse quesito, entendemos também como crucial a compreensão de que o detentor do poder de mercado certamente exercerá o exercício de tal poder se não houver uma estrutura que o impeça. Porém, tendemos a discordar do conselheiro quanto à possibilidade de que os ganhos compensassem o prejuízo causado à coletividade.

Não conseguimos imaginar quaisquer ganhos nessa condição, ou seja, que prejudicassem os consumidores (coletividade) e mesmo assim fossem conforme a Constituição e as normas infra-constitucionais reguladoras da defesa da concorrência. O ato de concentração analisado pelo CADE deve, a nosso ver, de forma evidente e proporcional aos ditames legais que conformam a autarquia, favorecer os agentes econômicos, mas não só: devem também favorecer os consumidores, os trabalhadores, a coletividade, principalmente num mercado oligopolizado.

Por fim, o CADE aprovou o ato sob diversas condições, entre as quais: alienação da marca Bavária (que no ano 2000 detinha somente 4% do mercado⁸⁶); proposta de alienação de cinco unidades fabris para a produção de cerveja; e compromisso de manter o nível de empregos. Além disso, as dispensas associadas à reestruturação empresarial deveriam vir acompanhadas de programa de recolocação e treinamento.

85 CADE, Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Voto do conselheiro Ruy Santa Cruz. p. 63.

86 BARROS, G. Ambev venderá a Bavária em novembro. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 7 set. 2000. Caderno Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0709200018.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2011.

3.3.2. Caso Nestlé/Garoto

Em 2002, a Nestlé Brasil Ltda. adquiriu integralmente o capital social da Chocolates Garoto S/A. O CADE analisou esse ato de concentração e emitiu dois anos depois sua sentença, da qual as requerentes recorreram no Poder Judiciário.

Para a Garoto, segundo as requerentes, “a operação decorreu da ‘necessidade crescente de escala operacional, recursos financeiros e capacidade de gerenciamento’ para concorrer em melhores condições no mercado nacional e internacional”⁸⁷.

Já a Nestlé argumentou que a aquisição representou “uma oportunidade de desenvolvimento de seus negócios, de modo a melhor atender à demanda por confeitos e chocolates no Brasil”⁸⁸.

Um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) fora firmado entre as requerentes e o CADE, em 2002, a fim de evitar danos irreversíveis ao mercado caso a operação não fosse aprovada ou tivesse de atender a determinadas restrições.

A Secretaria de Direito Econômico procurou, ainda, delimitar os mercados relevantes e consolidar os dados na seguinte tabela, altamente ilustrativa da situação da Nestlé antes e depois da aprovação do ato:

87 CADE, Relatório. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, relator Thompson Almeida Andrade. p. 1.

88 CADE, Relatório. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, relator Thompson Almeida Andrade. p. 1.

Participação da Nestlé nos Mercados Relevantes, Antes e Após a Operação - 2001

Mercado Relevante	Participação Nestlé (antes da operação)	Participação na Nestlé (depois da Operação)
Cobertura de Chocolate Sólida	16,3%	88,50%
Cobertura de Chocolates Líquida	72,0%	100,0%
Chocolates de Consumo Imediato	34,0%	63,1%
Tabletes entre 101g e 400g e embalagens Multipack	36,9%	52,9%
Tabletes entre 401g e 500g	23,5%	75,9%
Ovos de Páscoa	17,6%	34,2%
Caixas de Bombons	37,3%	66,0%

Fonte: Parecer da SDE.

Figura 2 – Participação da Nestlé nos mercados relevantes, antes e após a operação – 2001.

Como se pode verificar, em quase todos os mercados relevantes acima indicados há uma concentração elevada de poder econômico com a aquisição da Garoto pela Nestlé, num mercado que, assim como o de cervejas, já era oligopolizado pelas empresas Nestlé, Garoto e, dependendo do mercado, também pela Arcor ou pela Lacta.

3.3.2.1. Análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O CADE decidiu, afinal, por maioria de votos, determinar a desconstituição da operação, nos termos do voto do conselheiro-relator Thompson Almeida Andrade, sendo voto vencido o do presidente do CADE João Grandino Rodas, que aprovou o ato com restrições.

Acompanhando jurisprudência do CADE e analisando a possibilidade de oferta e demanda dos produtos em questão, o relator

chegou à seguinte configuração de mercado relevante: balas e confeitos sem chocolate; coberturas de chocolate; achocolatados; e chocolates sob todas as formas, excluindo os artesanais. Partindo dessa definição, foram apresentados como preocupantes pela concentração de poder econômico os mercados de coberturas de chocolate e de chocolates sob todas as formas, conforme as tabelas abaixo:

**Tabela III - Estrutura de Oferta no Mercado de Cobertura de Chocolates
Participação percentual com base no faturamento - 1997/2001**

Empresa	1997	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	24,2	21,9	20,9	21,2	22,1
Garoto (b)	75,8	78,1	74,2	69,4	66,4
(a+b)	100,0	100,0	95,1	90,6	88,5
Arcor	0,0	0,0	4,9	9,4	11,4
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Parecer SEAE

Figura 3 – Estrutura de oferta no mercado de cobertura de chocolates.
Participação percentual com base no faturamento – 1997/2001.

**Tabela IV - Estrutura de oferta do mercado de chocolates sob todas as formas
Participação percentual com base no faturamento – 1998/2001**

Empresa	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35,26	34,60	30,95	33,94
Garoto (b)	22,13	24,69	28,55	24,47
(a+b)	57,39	59,29	58,14	58,41
Lacta	33,73	32,93	33,59	33,15
Ferrero	5,45	4,61	3,91	3,40
Arcor	3,20	3,07	2,61	3,40
Outros	0,23	0,01	1,75	1,64
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Parecer SEAE.

Figura 4 – Estrutura de oferta do mercado de chocolates sob todas as formas. Participação percentual com base no faturamento – 1998/2001.

Na primeira tabela, observa-se um duopólio no mercado relevante de coberturas de chocolate durante todos os anos em análise, mesmo com o crescimento da Arcor. Com a concentração das duas empresas, visível é a possibilidade de agirem como se monopolistas fossem no mercado em questão.

A segunda tabela, sobre o mercado de chocolates sob todas as formas, apresenta um oligopólio dominado por três grandes empresas, quais sejam, as duas requerentes mais a Lacta. Com o ato de concentração, a empresa a ser constituída teria grande poder de mercado, constituindo um duopólio com prevalência no mercado relevante.

Analisando as barreiras de entrada, Andrade salientou que as economias tanto de escala (possibilidade de expansão da capacidade produtiva, provocando aumento na quantidade produzida sem aumento no custo de produção) como de escopo (o valor dos produtos vendidos aumenta de acordo com a variedade de negócios que a empresa opera, aplicando-se tal conceito às empresas diversificadas) obtidas pela Nestlé, pela Garoto e pela Arcor, no caso do mercado de coberturas de chocolate, “podem estar impedindo a entrada e permanência de pequenos produtores, já que não há qualquer empresa de menor porte em operação atualmente neste mercado”⁸⁹.

Fora isso, mais especificamente em relação ao mercado de chocolate sob todas as formas, o relator indicou que as barreiras de entrada estariam vinculadas diretamente ao elevado valor mínimo de capital e aos denominados *sunk costs*, que são, resumidamente, os custos irrecuperáveis destinados à formação dos ativos, custos esses definidos por Andrade como sendo, no presente caso, as oportunidades de venda, os segredos industriais relativos à fórmula do produto e a lealdade do consumidor à marca.

89 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do relator Thompson Almeida Andrade. p. 16, 17.

Levando em consideração principalmente os argumentos acima salientados, o relator Thompson Almeida Andrade decidiu pela alienação dos ativos da Garoto “ou ativos equivalentes àqueles adquiridos quando da realização do Ato”⁹⁰ a um terceiro interessado que não possuísse participação de mercado superior a 20% e que pudesse ser considerado como competidor capaz de sustentar a marca.

O então conselheiro-presidente do CADE João Grandino Rodas foi o único voto divergente. Em sua análise, manteve o mesmo mercado relevante definido pelo relator, conferindo ênfase ao mercado de coberturas de chocolate e ao de chocolates sob todas as formas.

Em relação ao primeiro, enfatizou que, pelas análises realizadas e incluídas nos autos, a Arcor teria 38% de capacidade ociosa nesse mercado, o que teria o “condão de conter o exercício de poder de mercado das Requerentes”⁹¹, mesmo que estas possuíssem uma capacidade ociosa superior.

Rodas argumenta ainda que, devido a essa capacidade ociosa, mesmo que a Nestlé aumentasse os preços, a Arcor provavelmente manteria os seus para se manter na concorrência, sendo improvável a realização de uma colusão tácita ou de um cartel entre elas. Em seus termos:

Em princípio, reduzir de três para dois os concorrentes estimula estratégias colusivas. Por seu turno, o fato de haver capacidade ociosa no segmento influencia dubiamente o comportamento das empresas. Age como barreira à entrada, facilitando a cooperação entre as empresas já existentes e incentiva a rivalidade [...]. Por outro lado, inexistindo de-

90 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, voto do relator Thompson Almeida Andrade. p. 73.

91 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, voto do presidente João Grandino Rodas. p. 3.

núncias sobre cartel no segmento em questão, não haveria fundamento para julgar com supedâneo essa possibilidade.⁹²

O conselheiro-presidente fundamenta seu voto com a noção de que há grande instabilidade nos cartéis, fato que seria ressaltado pela teoria econômica, tendo em vista problemas de monitoramento entre as empresas, os custos que adviriam de sua manutenção, além de outros incentivos para romper o cartel. Além disso, afirma o autor, seria “temerário” bloquear o ato de concentração com base em meras probabilidades, principalmente no caso em questão, em que a realização de cartel seria duvidosa.

A nosso ver, porém, João Grandino Rodas não apresenta justificativa convincente para que a formação de cartel fosse duvidosa. Além disso, a cartelização ou a ação colusiva tácita são configurações que podem ser estimadas apenas com base em probabilidades, pois o cenário de mercado configurado pelo ato de concentração em análise não existe naquele momento – é preciso visualizar possíveis estruturas do mercado após a realização do ato de concentração para se fazer uma análise do impacto causado pelo ato. Aliás, esse é o método utilizado, por exemplo, pelos organismos da União Europeia responsáveis pela defesa da concorrência. A Comissão Europeia já esclareceu que, “de forma a apreciar o *impacto previsível* de uma concentração nos mercados relevantes, [...] analisa os seus *possíveis efeitos anticoncorrenciais* e os factores de compensação relevantes”⁹³ (grifo nosso).

92 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, voto do presidente João Grandino Rodas. p. 4.

93 COMISSÃO Europeia. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C31/03) apud TAUFIK, Roberto D. *Nova lei antitruste brasileira – a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 178.

Partimos do princípio, portanto, de que, apesar da existência de capacidade ociosa, num mercado como esse, “reduzir de três para dois os concorrentes estimula estratégias colusivas”, certamente. Além disso, conforme já referido pelo então presidente do CADE, agir “como barreira à entrada, facilitando a cooperação entre as empresas já existentes”, reduziria a competitividade. Incentivaria a rivalidade, aí sim, se o mercado não fosse oligopolizado.

Ademais, a inexistência de denúncias sobre cartel no segmento em questão é somente uma das múltiplas variáveis a serem observadas para a análise *prévia* da possibilidade de existência ou não de condutas colusivas (no caso, futuras).

Já no que tange ao mercado relevante de chocolates sob todas as formas, Rodas persiste no argumento sobre a temeridade em se bloquear o ato de concentração com base em probabilidades, por serem duvidosos os modelos de resultados apresentados. Considera, ainda, que a Lacta é um importante concorrente para as Requerentes, embora não negue “a possibilidade de redução de rivalidade depois da operação”⁹⁴.

Conforme já salientamos e enfatizaremos durante todo o trabalho, entendemos que a redução de rivalidade é altamente provável em mercados oligopolizados. Afinal, o paralelismo de preços e/ou de qualidade de produtos mais ou menos homogêneos pode ser uma alternativa economicamente mais lucrativa do que se sujeitar aos riscos e incertezas da adoção de políticas condizentes com um mercado competitivo. Convém observar que esse paralelismo de preços e/ou de qualidade não ocorre necessariamente mediante a cartelização, podendo se dar também de modo consciente, intencional, pela colusão tácita (os termos “paralelismo consciente” e “colusão tácita” serão explicados com mais detalhes adiante).

94 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, voto do presidente João Grandino Rodas. p. 7.



4. Atos de Concentração

No subcapítulo seguinte, vamos abordar a definição de atos de concentração de acordo com a Lei 12.529/11 e algumas diretrizes fornecidas pelo CADE para a análise desses atos, quando horizontais, por essa mesma autarquia.

A seguir, trataremos dos efeitos negativos dos atos de concentração e sua relação possível com algumas doutrinas que poderiam auxiliar a dirimir esses efeitos, mediante instrumentos dos quais o CADE poderia se servir.

4.1. Definição legal e diretrizes do SBDC

A Lei 12.529/11, que atualmente rege o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, definiu o ato de concentração no seu artigo 90:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Os atos de concentração (com as características dispostas no artigo 88) são um dos principais enfoques do SBDC em prol da defesa da concorrência. Como a lei anterior não havia definido claramente a expressão “atos de concentração”, a indeterminação resultante motivava o uso de hermenêuticas no seu *constructo*, cujos resultados podiam ser totalmente díspares. Vale ressaltar que se trata de indeterminação e não de discricionariedade, pois seguimos a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior, para quem

Diz-se indeterminado o conceito que, apesar de vago e ambíguo, admite determinação por meio de interpretação. Ou seja, o conceito é indeterminado, mas não é indeterminável. Por isso, de uma interpretação que lhe dá uma determinação cabe recurso na pressuposição de que ele aponta para variáveis que, preenchidas, apontam para uma certa regularidade. Assim, a interpretação de um conceito indeterminado não se renova em cada ato de aplicação, mas em cada ato de aplicação fortalece um sentido que se estandariza. Já o conceito discricionário não gera estandarização, mas a cada aplicação o sentido é sempre removido. Assim, por exemplo, entendo que o conceito de “dominação de mercado” é indeterminado, mas não discricionário.⁹⁵

95 FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*. 3 nov. 2011, Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/88>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

O ato de concentração, consoante acima identificado pela letra da lei, poderia ser definido, portanto, da seguinte maneira: a fusão de duas ou mais empresas; a aquisição direta ou indireta do controle ou de partes de uma ou mais empresas por uma empresa, através de compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma; a incorporação entre empresas; o contrato associativo, consórcio ou *joint venture* entre duas ou mais empresas, desde que não sejam destinados às licitações promovidas pela administração pública, direta ou indireta, e aos contratos delas decorrentes.

Cabe mencionar os esclarecimentos trazidos por Vinícius Marques de Carvalho a partir da lição de Michael Porter em relação a quatro motivos basilares para a análise preventiva dos atos de concentração:

- (i) Fusões levantam questões quase inevitáveis para a saúde da concorrência através da remoção de concorrentes independentes do mercado. A questão não é se existe um risco para a competição, mas o quanto. Este risco decorre da diminuição potencial de pressão competitiva entre as empresas na indústria, a redução potencial na escolha de produtos e variedade, e a redução na probabilidade de inovação [...].
- (ii) Uma fusão não requer *skill, foresight, and industry*, apenas capacidade financeira. Ela não exige nova estratégia, e não acarreta melhora automática na produtividade. Por outro lado, a introdução de um novo produto, mudando um modelo de distribuição, ou a construção de uma nova fábrica são muito mais propensos a aumentar a produtividade. *A sociedade, então, deve preferir ações independentes das empresas (crescimento endógeno), e não fusões.*
- (iii) A evidência empírica é majoritária no sentido de que as fusões têm uma baixa taxa de sucesso. Uma ampla série de estudos revela que a maioria das fusões não atende às expectativas [...].
- (iv) A literatura sobre estratégia empresarial sugere que aquisições

pequenas e focadas são mais susceptíveis a melhorar a produtividade do que as fusões entre os líderes. [...] *Fusões entre as grandes empresas parecem raramente assegurar tais benefícios [ganhos de produtividade], e ainda eliminam os principais concorrentes de um mercado.*⁹⁶ (grifo nosso)

Dessa forma, a análise prévia dos atos de concentração se mostra como uma das relevantes funções das agências antitruste, tendo em vista principalmente o desenvolvimento através da garantia do bem-estar do consumidor, ou seja, de toda a população, em face dos riscos e problemáticas que lhe são intrinsecamente decorrentes, especialmente se falamos de grandes empresas com poder de mercado.

Assim como os Estados Unidos possuem as diretrizes denominadas Horizontal Merger Guidelines, no Brasil temos o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, hoje regulado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE N° 50/2001.

Apesar das modificações estruturais realizadas pela Lei 12.529/11 no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – quando a Secretaria de Direito Econômico (SDE) deixou de existir, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) teve alteradas suas atribuições, transformando-se “primariamente num órgão de advocacia da concorrência, isto é, de promoção da cultura da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade”⁹⁷ –, entendemos que os procedimentos e princípios emanados do Guia brasileiro para a condução dos atos de concentração horizontal, apesar de não possuírem caráter

96 CARVALHO, V. M. de. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39-40.

97 CADE, Assessoria de Comunicação. **Cade terá nova estrutura a partir de 29 de maio**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?84b746d32de239fa0f3c0c5bf45d>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

vinculante, continuam a servir os seus comandos. Ademais, constituem um documento primordial para a compreensão do CADE e do SBDC em geral em suas definições e instrumentos na atuação de seus conselheiros e de sua respectiva estrutura decisória de defesa da concorrência. Isso porque grande parte das funções antes realizadas pela SDE e pela SEAE, como a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico, bem como a análise de atos de concentração, serão desenvolvidas pela Superintendência-Geral. Além disso, o SBDC conta com um Departamento de Estudos Econômicos, ao qual cabe a tarefa de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE no mercado⁹⁸.

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal indica cinco etapas para a avaliação dos atos de concentração: 1) Definição do mercado relevante; 2) Verificação sobre a existência de parcela substancial de mercado; 3) Análise sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado; 4) Eficiências econômicas; e 5) Avaliação do efeito do ato sobre a eficiência econômica.

Verificamos, pela mera observação dos pareceres dos conselheiros do CADE, que essas etapas são, na grande maioria das vezes, cumpridas nessa precisa ordem. Por isso, vale salientar brevemente a definição de cada uma delas, consoante a letra do próprio Guia:

[Mercado relevante] é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos – o grau de

98 CADE, Assessoria de Comunicação. **Cade terá nova estrutura a partir de 29 de maio**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?84b746d32de239fa0f3c0c5bf45d>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

substituição entre os produtos ou fontes de produtores – é maior do que fora destes limites.

No que diz respeito à verificação de existência de parcela substancial de mercado, o Guia assim enuncia:

Uma condição necessária, embora não suficiente, para que uma operação tenha impactos negativos sobre o bem-estar do consumidor e sobre a concorrência é que a empresa resultante controle uma parcela substancial do mercado relevante. Em mercados em que a oferta de cada empresa, ou de um grupo de empresas, é muito pequena em relação à oferta total da indústria, nenhuma empresa ou grupo de empresas tem, unilateral ou coordenadamente, capacidade de mudar suas condutas (alterar preços, quantidades, qualidade, variedade ou inovação), ou seja, exercer o poder de mercado. Isto ocorre porque os consumidores responderão a tal tentativa desviando a totalidade de suas compras para as empresas rivais.

Quanto à análise sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado, o Guia dispõe que “o fato de uma concentração envolver uma parcela de mercado suficientemente alta não implica necessariamente que a nova empresa formada exercerá de forma unilateral seu poder de mercado, ou que as empresas coordenarão suas decisões”.

Assim, ainda conforme o Guia, há probabilidade de exercício de poder de mercado se não houver relevante participação das importações ou possibilidade de importações no respectivo setor em análise; também diante da impossibilidade de entrada de novos competidores no mercado, em face de diversos fatores elencados no Guia – por exemplo, a existência de altos *sunk costs*, que são custos irre recuperáveis se a empresa decidir sair do negócio.

A etapa seguinte de análise, a avaliação das eficiências econômicas, é conceituada da seguinte maneira:

O fato de a probabilidade do exercício de poder de mercado não ser “praticamente nula” não implica que a concentração reduza o bem-estar da economia brasileira. Para avaliar o efeito líquido da concentração sobre a economia é necessário comparar os custos econômicos com as possíveis eficiências econômicas derivadas do ato.

Algumas das eficiências elencadas são as seguintes: se o ato de concentração gerar eficiência econômica (ou seja, incremento do bem-estar econômico) que não poderá ser atingida, no período de até 2 anos, por outras alternativas que envolvam menos riscos à concorrência; quando as projeções futuras de ganho de eficiência forem razoáveis, não sendo vagas nem extremamente conjecturais; ademais, “não serão considerados eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos”. As eficiências podem se dar, ainda, sob a forma de “economias de escala, de escopo, da introdução de uma tecnologia mais produtiva, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório”, entre outras.

A última etapa da análise, que procura estimar o efeito do ato sobre a eficiência econômica, consiste na avaliação dos efeitos líquidos do ato de concentração em estimações quantitativas, quando estas forem disponíveis ou factíveis, dentro dos limites de recursos próprios à execução de suas atribuições legais. E, mesmo assim, “quando estimações quantitativas não forem disponíveis ou não forem factíveis”, a agência (nesse caso, o Guia se refere especificamente às secretarias, que detinham tal função na época) “apresentarão suas conclusões com base em uma avaliação qualitativa desses efeitos”.

4.2. Os efeitos negativos dos atos de concentração, o direito de propriedade e o princípio do não retrocesso social: efetividade do estado de intervenção necessária

Os atos de concentração muitas vezes geram efeitos negativos, denominados “falhas de mercado”, nas quais se incluem as “externalidades negativas”. Tais efeitos prejudicam o bem-estar do consumidor e a eficiência do mercado, trazendo prejuízo para toda a sociedade.

Pretendemos, no presente capítulo, demonstrar como é possível utilizarmos-nos do conceito de direito de propriedade conforme desenvolvido por Ronald Harry Coase, associado com aquele desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, para dirimir os efeitos negativos dos atos de concentração mediante a assunção do Estado brasileiro de Intervenção Necessária. Dentro dessa proposta, merece atenção o princípio do não retrocesso social, conforme conceituado por José Joaquim Gomes Canotilho, pois invoca para sua proteção a garantia do direito subjetivo da propriedade privada. Assim, reafirmamos tal princípio, trazendo-o à salvaguarda dos Direitos Humanos também em suas relações de horizontalidade.

4.2.1. *Dirimindo externalidades negativas e a negociação sob o instituto do direito de propriedade*

Concordamos com Fábio Nusdeo no fato de que “as externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando *externamente* ao mercado, vale dizer, que se quedam incompen-

dos, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço⁹⁹. Nusdeo prossegue afirmando:

Basicamente, ele decorre do fato de, numa atividade econômica, nem sempre, ou raramente, todos os custos e os respectivos benefícios recaírem sobre a unidade responsável pela sua condução, como seria pressuposto. Tal fato representa um sério entrave ao funcionamento do sistema, pois, se assim é, boa parte de todo o cálculo econômico realizado pelos centros decisórios descentralizados passa a ser viciado por não poder incorporar todas as informações relevantes, transmitidas via sistema de preços.¹⁰⁰

O autor nos apresenta, ainda, o seguinte exemplo:

Imagine-se uma lavanderia que estenda a roupa lavada em um gramado a fim de secá-la ao sol. Após algum tempo, uma usina metalúrgica instala-se nas vizinhanças e de sua chaminé é expelida fumaça preta, bojada de partículas de fuligem que se depositarão sobre a roupa estendida. Haverá aí um custo adicional para a lavanderia, impostos pela usina. Ou, o que dá na mesma, ela lhe transferiu um custo que seria seu, pois ela é a responsável pela combustão imperfeita de onde provém a fuligem. Logo, a lavanderia passou a ter um custo a mais: o de reenxaguar a roupa ou construir um abrigo para ela. Tentará passar aquele custo adicional aos seus clientes. Em caso positivo, estes arcarão, no fim das contas, com o custo da usina [...]. Caso não haja a possibilidade de transferência dos custos [...], ela arcará com o excesso de custo [...]. O efeito externo verifica-se quando

99 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 153.

100 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 152.

o arcabouço legal se mostra incapacitado a identificar e a atribuir tais custos adequadamente.¹⁰¹

O problema, evidentemente, se encontra na dificuldade de resolução das externalidades negativas. Nesse sentido, vamos nos ater à proposta elaborada por Ronald Harry Coase.

Segundo ele, se a propriedade é bem definida, divisível e defensável, as externalidades podem ser superadas simplesmente ao atribuirmos a elas as noções do direito de propriedade.

Dessa forma, como se verá adiante, não vemos problema na premissa de Coase de conferir às externalidades condições de se subsumirem ao direito de propriedade e, assim, a possibilidade de serem negociadas pelos próprios particulares. O direito de propriedade é um direito humano de origem eminentemente privada, o que permite alocar as problemáticas advindas das externalidades – no presente caso, dos atos de concentração – nas contingências também privadas, com todos os incentivos e processos criativos que lhe são compatíveis.

Por outro lado, se partimos de tal premissa, não podemos deixar de lado o princípio *pari passu* da função social da propriedade. Ele possui caráter não só público como também privado e difuso, impelindo à concretização de valores sociais iminentes da dignidade da pessoa humana, sobretudo na ordem econômica brasileira, em que esse valor constitui uma determinação teleológica constitucional inquestionável.

Assim, devemos ter cautela sobre a postura de “internalizar” as externalidades negativas mediante a subsunção destas aos direitos de propriedade, conforme amplamente debatidas as soluções dadas por Coase. A intervenção estatal serviria também para evitar que Direitos Humanos, em princípio indisponíveis, fossem convertidos em direitos subjetivos disponíveis – especialmente se

101 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 153, 154.

já consolidados e garantidos pela ordem econômica contemporânea – através da atuação direta ou indireta do Estado na regência jurídica da economia. Vale dizer que esse processo seria evitado sobretudo pelo princípio do não retrocesso social.

Ademais, a postura do CADE no que diz respeito aos efeitos e externalidades é bem definida por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo:

[...] constatando-se ser provável o exercício de poder de mercado por parte das empresas objeto do ato de concentração, com potencialidade de danos ao bem-estar coletivo, o CADE deve intervir no sentido de evitar esses efeitos, a não ser que se constate, cabalmente, que a operação analisada, em razão da presença de eficiências decorrentes do ato, gera efeitos positivos ao bem-estar dos consumidores, em patamar claramente superior aos prejuízos incorridos. Ao final, portanto, se necessário, *deve haver um balanço entre efeitos positivos e negativos do ato de concentração*. Para a aprovação da operação, o resultado líquido desse balanço deve ser “não-negativo” à coletividade.¹⁰² (grifo nosso)

Nossa postura, porém, é a de que, ao analisar atos de concentração em determinado setor da economia, o CADE não deve se restringir a fazer um mero “balanço” entre efeitos positivos e negativos para decidir em prol da concretização do ato. Pois, mesmo que seja possível economicamente contabilizar tais efeitos na análise de compensação dos negativos pelos positivos, aqueles ainda continuarão a ser gerados, mesmo que hipoteticamente sejam de curto prazo e que estes promovam benefícios de longo prazo.

Tal proposta de análise fere o compromisso constitucional de adensar os Direitos Humanos sem desconsiderar nenhum deles,

102 CADE, Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, p. 83.

inclusive na seara econômica. Tércio Sampaio Ferraz Junior exara opinião similar à de Ragazzo ao debater sobre a natureza discricionária ou vinculativa do CADE:

No caso dos atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, entendo que se trata de atos impropriamente chamados de tecnicamente discricionários. Na verdade, o CADE [...] toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência. *Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais.*

Assim, se o Plenário reconhece que determinado ato de concentração aumenta barreiras de entrada mas, não obstante, reconhece também que há eficiências que tecnicamente compensam o prejuízo, sua decisão de aprovação é ato vinculado, não discricionário. A expressão legal “poderá autorizar” (art. 54, parágrafo 1º da Lei n. 8.884/9) é, na verdade, poder-dever e não poder discricionário.¹⁰³ (grifo nosso)

Reconhecemos, *data venia*, posição de discricionariedade e decisões correspondentes a atos políticos de governo, conforme pretendemos demonstrar ao longo do presente trabalho, mormente nas questões atinentes aos oligopólios tratadas mais adiante, quando na verdade deveriam ser atos de Estado. Isso porque a dita “compensação” entre efeitos positivos e negativos é técnica de resolução dotada de inconstitucionalidade, pois contrária ao princípio da proporcionalidade. Expliquemos:

103 FERRAZ JUNIOR, Tercio S. *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*. 3 nov. 2011, Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/88>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

As externalidades negativas não devem ser compensadas, mas sim dirimidas, na medida da proporcionalidade. É ilógico o raciocínio de que, por exemplo, a externalidade negativa de demissão de funcionários no curto prazo seja compensada pela externalidade positiva (hipotética) de redução dos preços dos produtos no mercado.

Apesar de entendermos existir teoricamente uma correlação entre ambos, já que as demissões trariam menos custos à empresa, que poderia repassar a economia ao consumidor ao reduzir os preços, devemos ter em mente que os direitos dos trabalhadores estão no mesmo patamar de importância que o bem-estar do consumidor. Assim, não pode haver uma relação de hierarquia entre os Direitos Humanos da valorização do trabalho humano e da dignidade consumerista.

O princípio da proporcionalidade, nesse sentido, se mostra instrumento essencial e advindo de dever constitucional em prol do adensamento e da alocação dos direitos, mesmo que em princípio antagônicos. Isso se verifica mesmo no caso concreto do ato de concentração em análise, sobre o qual as empresas atuantes têm integral responsabilidade, dada a *horizontalidade* dos Direitos Humanos.

Como afirma Thiago Lopes Matsushita:

Não deve haver hierarquização de qualquer princípio, e, tampouco da dignidade da pessoa humana, mas a mesma deve receber um tratamento diferenciado, por ser ela um dos maiores objetivos a se atingir com a aplicação do princípio absoluto da proporcionalidade em todas as relações jurídicas.¹⁰⁴

Assim, é também como já salientou Willis Santiago Guerra Filho:

[...] com relação ao modo de aplicar corretamente o princípio da proporcionalidade, [...] vale ressaltar que, assim

104 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 180-181.

como ele pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico, notadamente naquelas com a natureza de um princípio fundamental, também requer um procedimento decisório, a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados. Tal procedimento deve ser estruturado – e, também, institucionalizado – de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça que é imanente ao princípio com o qual nos ocupamos. *Especial atenção merece, portanto, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida.*¹⁰⁵ (grifo nosso)

Seguimos ainda na lição de Matsushita, que expõe o princípio da proporcionalidade da seguinte maneira:

Com efeito, a linha que a proporcionalidade tem característica própria não permite a supressão de qualquer direito no conflito de normas, mas sim a sua condensação, compressão, sem exclusão nenhuma. Diante disso a possibilidade de se confundir a proporcionalidade com a razoabilidade é muito tênue, pois é desse confronto que o direito pode ou não ter a sua melhor solução possível ao caso. A razoabilidade é a análise pelo sopesamento entre princípios sendo que não há a compatibilização entre um e outro mas sim a preferência entre um e outro, provocando a exclusão de um deles no momento da aplicação. Dessa forma, a razoabilidade aplicará aquilo que for melhor enquadrado ao caso concreto, portan-

105 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora. 2005. p. 117. Apud MATSUSHITA, Thiago L. **O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade**. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 187

to, diferentemente daquilo que *prega a proporcionalidade que pressupõe incorporação de todos os princípios, sem exclusão de nenhum, mesmo que seja uma parte ínfima, mas ela estará presente, sempre*. Com isso, garante-se que o princípio da proporcionalidade será aquele pelo qual o princípio da dignidade da pessoa humana poderá ser transportado [...].¹⁰⁶ (grifo nosso)

Ao tratarmos especificamente dos atos de concentração e de seus efeitos negativos, concordamos com a ideia de Ronald H. Coase de que lidamos com problemas de natureza recíproca. Porém discordamos da assertiva de que, “assim, a verdadeira questão a ser decidida é: A deveria ser autorizado a causar prejuízo a B, ou deveria B ser autorizado a causar um prejuízo a A? O problema é evitar o prejuízo mais grave”¹⁰⁷. O problema não é só evitar o prejuízo mais grave, mas tentar, na medida do possível e da competência do CADE, dirimir os prejuízos mais diretos ocasionados pelo ato.

Percebemos, nesse sentido, que na teoria de Coase a questão envolveria simplesmente um poder de negociação de ambas as partes sobre o caso litigioso, e isso somente seria possível se os direitos em conflito fossem convertidos em direitos de propriedade, possibilitando assim a materialização de um acordo que reduziria significativamente o sentimento de injustiça das partes e tornaria possível a compatibilização dos direitos em questão. Nos termos de Coase,

O problema que enfrentamos quando lidamos com atividades que causam efeitos prejudiciais não é o de simplesmente coibir os responsáveis por elas. *O que tem de ser decidido é se o ganho*

106 MATSUSHITA, Thiago L. **O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade**. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 190, 191

107 COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 2.

obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse mesmo dano. Num mundo em que há custos para se realocar os direitos estabelecidos pelo sistema jurídico, as cortes estão, de fato, nos casos que envolvem a causação de incômodos, tomando uma decisão acerca do problema econômico e determinando como os recursos devem ser empregados. Foi sustentado que as cortes têm consciência disso e que, ainda que de forma não explícita, fazem, com frequência, *a comparação entre o que se ganharia e o que se perderia com a proibição das atividades-fonte de efeitos prejudiciais.* Mas a delimitação de direitos é, também, resultado de disposições legais. Aqui, igualmente, encontramos evidências da apreciação da natureza recíproca do problema.¹⁰⁸ (grifos do autor)

Diante de tal assertiva, importa observar que o autor busca alocar sua teoria na base da valoração qualitativa e quantitativa dos direitos em jogo para, então, demandar dos órgãos julgadores que decidam da forma mais acertada, consoante as eficiências em questão.

É muito comum a apresentação da teoria de Coase como a mais eficiente dentre outras duas alternativas de solução do problema das externalidades negativas, quais sejam, a tributação e a regulação.

Em certo momento, o autor explica que seus argumentos e conclusões foram retirados em grande medida da obra intitulada *The economics of welfare*, de Arthur Cecil Pigou, na qual o renomado economista inglês da Universidade de Cambridge chega a afirmar que um dos objetivos de seus estudos se concentrava em

verificar até que ponto o livre jogo do interesse próprio, atuando sob o sistema jurídico existente, tende a

108 COASE, Ronald H. **O problema do custo social.** Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 23.

distribuir os recursos de um país do modo mais favorável possível à produção de um grande dividendo nacional, e até que ponto é viável, por meio da ação estatal, aperfeiçoar tendências “naturais”.¹⁰⁹

Coase relativiza tal afirmação com exemplos práticos da relação entre certas atividades privadas e suas consequências sociais indesejáveis inerentes, ao questionar a viabilidade da própria atividade diante de uma possível responsabilização do agente em face dos distúrbios sociais – prováveis ou de fato – ocasionados. Para o autor, a intervenção estatal parece de eficiência duvidosa, principalmente se formulada mediante leis gerais e abstratas. Isso porque cada caso poderia ser individualmente considerado, e os arranjos negociais discutidos à luz dos aspectos econômicos práticos de cada situação. O prejuízo ocasionado poderia ser considerado como uma situação de natureza recíproca, na qual ambas as partes colhem lucros e prejuízos com quaisquer decisões finais tomadas, devendo-se buscar um equilíbrio de satisfação mais equânime possível. Nas palavras de Coase, “o Direito de propriedade parece gerar, economicamente, resultados mais satisfatórios do que a adoção da regra rígida”¹¹⁰. A teoria do autor, ao contrário do que muitos pensam, não desconsidera a intervenção estatal como um auxílio na delimitação de direitos. No caso do direito ambiental, por exemplo, a negociação entre um poluidor de um rio e os pescadores cujos peixes são mortos pela atividade do primeiro só poderia funcionar se estivesse legalmente

109 PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare* 183. 4. ed. 1932. p. XII. Apud COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 24.

110 COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 24.

legitimada, ou seja, se a poluição estivesse sob os níveis impostos pelo Estado, assim como a pesca.

4.2.2. O direito de propriedade e a eficácia do princípio do não retrocesso social nos atos de concentração: dirimir externalidades como função social privada e proposta de mediação e incentivos estatais

O instituto do direito de propriedade já fora, e ainda é, utilizado pela doutrina alemã para abarcar os direitos subjetivos patrimoniais, mormente defensáveis em face do Estado. Como nos explica Felipe Derbli,

[...] a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e boa parte da doutrina construíram a tese da existência, no ordenamento constitucional tedesco, de um princípio da proibição de retrocesso social, buscando criar formas de proteção às prestações sociais que, no entanto, não tivessem caráter absoluto e, assim, permitissem a adaptação às mudanças sociais e econômicas. [...] calcando-se principalmente na garantia fundamental da propriedade [...]. O fundamento para que se apontasse o dispositivo constitucional que garante a propriedade, com vistas à identificação da *sedes materiae* do princípio da proibição do retrocesso social, remonta, segundo Ingo Sarlet, à lição de Martin Wolff, para quem o conceito de propriedade [...] abrangeria quaisquer direitos subjetivos privados de natureza patrimonial e não apenas a propriedade como direito real. *Com isso, poderia oferecer aos indivíduos segurança quanto aos seus direitos patrimoniais e proteger a confiança no conteúdo e na fruição desses direitos.* Trata-se de conceito funcional de propriedade. *A propriedade, na verdade, era*

*compreendida como a base para a sustentação material autônoma do indivíduo.*¹¹¹ (grifo nosso em itálico)

O direito de propriedade passa, portanto, a não se limitar ao direito sobre a coisa em si, mas também abarca o aproveitamento econômico de direitos dotados de valor patrimonial. Torna-se ponto de sustentação da dignidade da pessoa humana, pois ao considerarmos como direitos de propriedade a seguridade social, o seguro-desemprego e o seguro-saúde, por exemplo, torna-se possível aplicar a eles a proibição do retrocesso, de modo que o sujeito fica capacitado para a promoção da emancipação e da autonomia pessoal, essenciais ao pressuposto de uma existência digna.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão elencou alguns critérios que considera essenciais para a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública pela garantia da propriedade: a) ao direito subjetivo à prestação social deve corresponder uma contraprestação pessoal; b) deve tratar-se de direito de natureza patrimonial, tido como de fruição privada do particular; c) o dito direito deve servir a garantir a existência de seu titular.

O primeiro critério apresentado diz respeito à consideração de que o direito subjetivo reclamado ter de estar fundado numa prestação do Estado que não seja unilateral, ou seja, há a necessidade de uma contraprestação do titular do direito para que o indivíduo seja considerado inserido na proteção salvaguardada do direito de propriedade. Nesse aspecto, tolera-se que a contraprestação provenha de terceiros em favor do titular do direito, assim como ocorre com as contribuições sociais dos empregadores¹¹².

111 DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 140, 141.

112 SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007. p. 7.

O quanto cada titular de um direito público subjetivo deve ter contribuído a título de prestação própria ainda não foi, contudo, completamente esclarecido. No que tange a este aspecto, é possível partir da premissa de que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não se revela como indispensável, bastando – de acordo com o Tribunal Federal Constitucional – uma contribuição “não irrelevante” por parte do titular do direito. Significativo é que, desde sua decisão do dia 16-07-85, o Tribunal tem sustentado o entendimento de que, para o reconhecimento da proteção da garantida da propriedade, considera-se suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa prestação unilateral do Estado.¹¹³

O segundo critério, de que deve tratar-se de direito de natureza patrimonial e de fruição privada do particular, diz respeito a uma necessária equivalência entre as posições jurídico-subjetivas particulares e a noção de propriedade particular. “Esta equivalência pode ser reconhecida quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular”¹¹⁴, porém, desde que “estejamos diante de uma posição jurídico-subjetiva pessoal consolidada, que não poderá ser simplesmente suprimida de acordo com o que deflui do princípio do Estado de Direito”¹¹⁵.

113 SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007. p. 6.

114 SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007. p. 7.

115 SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007. p. 7-8.

Já o terceiro critério advém do fato de que o direito subjetivo a ser plasmado em direito de propriedade deverá destinar-se a garantir a existência de seu titular. Mas não qualquer existência, vale salientar, e sim uma existência digna, condizente com uma vida autônoma e responsável. Esse fato acaba por relativizar o critério da necessária contraprestação do particular, tendo em vista que, para o Tribunal alemão, a segurança econômica, preservada mormente através do trabalho digno, deve ser garantida pelos pressupostos do direito de propriedade e, assim, no sentido que entendemos, o trabalho acaba adquirindo o sentido de uma própria contribuição a toda sociedade. Dessa forma, a noção de contraprestação ao Estado é relativizada, transformando-se em contraprestação eminentemente social.

Sob esses termos, aí sim, entendemos que a proposta de Ronald H. Coase sobre o direito de propriedade é extremamente relevante. A análise dos atos de concentração tem muito a ganhar com tal proposta, quando acompanhada da devida leitura crítica e da interpretação suprarreferida dos Tribunais alemães, tendo em vista que passa a admitir de uma só vez a perspectiva privada da propriedade, a pública em sua função social e a difusa na figura da dignidade humana para todos. Dessa forma, legitima-se mais criteriosamente com os pressupostos constitucionais brasileiros, inclusive o artigo 170 da Carta Magna, regra matriz da ordem econômica.

Vale salientar, porém, que o viés tedesco, apesar de majoritário, não é unânime. O professor Hans-Jurgen Papier, da Universidade de Munique, considera que a aplicação supletiva da garantia da propriedade a posições de “direito público” que em princípio já têm força jurídica advinda de outras normativas constitucionais se revelaria desnecessária e relativizante, pois, conforme o artigo 14 da LF, estariam as ditas posições sujeitas a desapropriação mediante indenização. Ademais, como salienta Sarlet,

Neste contexto, há, ainda, quem advirta para os riscos de uma ruptura no clássico e unitário conceito de propriedade, no sentido de que estaria ocorrendo uma *inequívoca evolução de uma propriedade carente de justificação* (rechtfertigungsbedürftigen Eigentum). Para além disso, argumenta-se que o requisito da garantia existencial (Existenzsicherung) acabaria levando a uma *tendencial substituição do conteúdo liberal da garantia da propriedade*.¹¹⁶ (grifo nosso)

Ambas as críticas, porém, encontram obstáculos para a aplicação dessa teoria ao ordenamento jurídico brasileiro. Contrariamente à crítica de Papier, entendemos como necessária a subsunção de tais direitos à garantia da propriedade, tendo em vista que ela traz à relação vertical Estado/particular um conceito eminentemente privado, flexibilizando a separação já tida hoje como artificial e muitas vezes desnecessária entre direitos privados e públicos, assim como difusos, no sentido de compatibilizá-los em todas as relações jurídicas. Na mesma linha, o argumento de que os direitos poderiam ser relativizados porque passariam a ser passíveis de desapropriação mediante indenização só caberia, ao menos no direito brasileiro, mediante a necessidade de atendimento a determinada função social. Cabe salientar também que a dita função, se já estivesse sendo atendida como direito de propriedade do particular, só permitiria desapropriação se acompanhada pela outra garantia de igual ou maior equivalência, o que diz respeito claramente ao princípio já recepcionado de forma unânime em nossos Tribunais do não retrocesso social. Tal princípio, para José Joaquim Gomes Canotilho,

[...] quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à

116 SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007. p. 10.

educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema “fáctico” da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural [...]. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, *uma obrigação de prossecução de uma política congruente comos direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas*.¹¹⁷ (grifo nosso em itálico)

Dessa maneira, garantir tais disposições como direito de propriedade permite uma hermenêutica que os traduza na forma da relação horizontal entre particulares e sociedade/particular, sendo também passíveis de salvaguarda. Ou seja, os direitos patrimoniais essenciais à dignidade humana podem ser tratados como direitos de propriedade e sob o manto do princípio do não retrocesso social também nas relações de horizontalidade. Assim, a lição de Ronald H. Coase sobre a negociação dos direitos através do instituto da propriedade se coaduna com o nosso argumento de que tais direitos devem estar mediados pelo Estado no interesse da preservação do princípio da proporcionalidade sobre os Direitos Humanos fundamentais.

O fato de que certos atos de concentração têm o dever legal de se submeter à avaliação do CADE, cuja decisão possui efeito de

117 CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 468-469.

título executivo, impõe à autarquia o dever de garantir os programas econômicos emanados da Constituição, especialmente do artigo 170, que dita a ordem econômica como orientada pelos ditames da justiça social e em prol da dignidade humana para todos. Sendo assim, a ordem econômica está mais do que legitimada a assegurar, mediante todos os instrumentos disponíveis, o princípio do não retrocesso social, por ser uma autarquia federal indiscutivelmente submetida aos ditames constitucionais. Suas decisões, portanto, se encontram vinculadas a tal princípio, devendo agir de acordo com ele na emissão de juízos sobre os atos de concentração, considerando que estes estão diretamente vinculados às decisões estatais e, portanto, aos princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Por outro lado, as críticas de que se estaria realizando uma “evolução de uma propriedade carente de justificação” e de que o “requisito da garantia existencial acabaria levando a uma tendencial substituição do conteúdo liberal da garantia da propriedade” não nos parecem válidas. Primeiramente, porque o direito de propriedade há muito tem se modificado, mormente através da revolução ocorrida com as Tecnologias de Informação e Comunicação¹¹⁸, que auxiliaram na relativização do discurso liberal sobre tal direito. Soma-se a isso a permanente inclusão no cenário internacional dos direitos difusos e da coletividade como titular última da propriedade do planeta¹¹⁹, além dos direitos sociais já globalmente inseridos como programa jurídico-político desde o início do século XX.

118 Neste sentido, vale verificar, entre outros, os estudos e desenvolvimentos práticos de Tim Berners-Lee no artigo “Long live the web: a call for continued open standards and neutrality” (*Scientific American*, v. 303, n. 6, dez. 2010). Consultar também Pierre Levy em *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência* (São Paulo: Ed. 34, 2001) e *Cibercultura* (São Paulo: Ed. 34, 1999); e Chris Anderson em *Makers. The new industrial revolution* (Crown Business, 2012).

119 Para uma abordagem mais específica, vale consultar FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*. São Paulo: Ensaio, 1994.

A função social da propriedade, por sua vez, conduz por si só uma releitura do conteúdo liberal da propriedade, relativizando-a mormente em prol de seu papel social. Assim sendo, concordamos com Ingo Wolfgang Sarlet quando o autor salienta que à restrição de um direito de propriedade “não basta a existência de qualquer fim coletivo. A restrição deverá servir, portanto, à proteção de outros direitos fundamentais, ser indispensável à preservação de bens jurídico superiores ou mesmo atuar como mecanismo de defesa contra graves ameaças”¹²⁰.

Nesse sentido, os atos de concentração, principalmente aqueles que devem ser previamente submetidos ao CADE como prevê o artigo 88 da Lei 12.529/11, têm que preservar os fundamentos constitucionais da ordem econômica. Para tanto, devem se compatibilizar com a responsabilização em torno da suposta supressão de direitos de terceiros por conta do ato. E isso se mostra claro quando evocamos a acima referida teoria do direito de propriedade abarcando as prestações sociais que, para nós, merece uma interpretação também na horizontalidade da aplicação dos Direitos Humanos. O artigo 88 dita:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto

120 SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007. p. 12.

anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). [...]

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

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

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (grifo nosso)

Portanto, os atos de concentração que se enquadrem nas definições acima, tendo em vista a função social do direito de propriedade e o respeito à propriedade dos demais particulares e da sociedade, têm de ser conduzidos com o propósito de dirimir os efeitos e externalidades negativos das operações. Ao Estado caberá somente a função mediadora e incentivadora dos acordos privados, a fim de garantir a prevalência da proporcionalidade dos Direitos Humanos, mormente abarcados pelo direito de propriedade. Em casos de demissão, *e. g.*, isso significaria oferecer programas de realocação de funcionários, cursos de capacitação para novas atividades dentro das próprias empresas ou em outras empresas, ou até, em último caso, fornecer restituição remuneratória proporcional. Todas essas ações seriam realizadas através da incorporação de sindicatos e demais entidades representativas no ambiente da mediação promovida pelo próprio CADE e planejada e realizada em conjunto com instituições do Estado a fim de garantir e preservar a legalidade e legitimidade dos acordos realizados, acolhendo soluções criativas e inovadoras que beneficiem ambas as partes e não atinjam negativamente terceiros envolvidos.

Nesse sentido, vale retomarmos o pensamento de Ronald H. Coaseem, em particular uma assertiva especialmente importante para a questão da solução das externalidades e dos efeitos negativos produzidos pelos atos de concentração: “a crença de que é desejável que os agentes que causam prejuízos devam ser compelidos a indenizar aqueles que os sofrem [...] é, indubitavelmente, o resultado de

não se comparar o produto total que poderia ser obtido com arranjos sociais alternativos¹²¹. Nessa trilha, conclui Coase, afinal, que

*Seria claramente desejável se as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado valesse mais do que a perda sofrida. Mas, ao se escolher entre arranjos sociais em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que *uma mudança no sistema existente, a qual levará a uma melhora em algumas decisões, pode muito bem levar a uma piora em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos **atentar para o efeito total.***¹²² (grifos do autor)*

Os ditos “arranjos sociais alternativos”, a nosso ver, não eliminam a responsabilidade dos agentes de determinado ato de concentração sobre seus efeitos negativos. Entretanto, possibilitam a incorporação de um viés de direito estatal menos sancionatório e mais coadunado com uma lógica de mediação e reestruturação social, em que ambas as partes afetadas participam da solução das questões que merecem ser dirimidas, atentando-se para o efeito total ocasionado, ou seja, em todas as searas: privadas, públicas e difusas. O papel do governo, nesse sentido, é exposto da seguinte forma por Coase:

Assim como o governo pode limitar ou apoderar-se da propriedade, da mesma forma, pode ele decretar que os fatores

121 COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 34.

122 COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 37.

de produção devem ser utilizados de determinada maneira. Tais métodos autoritários eliminam muitos problemas (para os responsáveis pela organização). Além disso, o governo pode valer-se da polícia e de outros métodos coercitivos para assegurar que as regras por ele determinadas estejam sendo cumpridas. Resta claro que o governo tem ao seu dispor poderes que tornam possível a ele fazer certas coisas a um custo menor do que poderia fazer uma organização privada (ou, em qualquer nível, alguém sem poderes governamentais). Mas a máquina administrativa governamental, *per se*, não funciona sem custos. Na verdade ela pode, em algumas situações, ser extremamente custosa. Além disso, não há razão para se supor que as normas restritivas e de zoneamento criadas por uma administração falível, submetida a pressões políticas, e que opera sem o peso da concorrência, serão sempre, necessariamente, voltadas para o aumento da eficiência com a qual o sistema econômico opera. Mais ainda: essas normas regulatórias gerais, que devem ser aplicadas a uma variedade de casos, terão seu cumprimento exigido pelo Estado em situações para as quais se mostram completamente inapropriadas. A partir dessas considerações, conclui-se que a regulação governamental direta não necessariamente traz melhores resultados do que deixar que o problema seja resolvido pelo mercado ou pela firma. Da mesma forma, não há razão para não sustentar que, em certas ocasiões, a aludida regulação administrativa pelo governo não levará à melhora da eficiência econômica. Particularmente, isso pode acontecer quando – como normalmente acontece nos casos de danos causados pela emissão de fumaça – o problema envolve um grande número de pessoas e, portanto, os custos de uma solução através do mercado ou da firma forem muito altos.¹²³

123 COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/>

Assim, é claro para nós que o papel do Estado como simplesmente regulador, sancionador e aplicador das normas, das quais também se deduzem as políticas públicas, não se mantém mais na complexa estrutura de mercado a que estamos submetidos contemporaneamente. Tal instituição tem de se estruturar, além dessas funções, no sentido de mediar os interesses privados e, portanto, concretizar de fato, na medida do possível, a harmonização social. Claro que sempre visando proteger os pressupostos basilares do Estado Democrático de Direito, constituído sob os ditames da dignidade humana e da proporcionalidade.

Não falamos dos TACs (Termos de Ajustamento de Conduta) que algumas Ações Civis Públicas visam implantar entre o Poder Público e os investigados. É isso porque, já podemos dizer quase unanimemente, o Judiciário “tem se posicionado em desfavor da imposição de TACs que buscam ‘regular’ o mercado ou de pedidos para a fixação da margem de lucro”¹²⁴. O próprio CADE já exemplificou essa postura em seus julgados:

o pedido de delimitação da margem de lucro não constitui medida legítima para coibir a formação de cartel que redunde na prática de preços abusivos. A irregularidade a ser combatida é a formação de cartel e não o lucro obtido pelos postos de combustível, que é decorrência do princípio da livre iniciativa. (Ação Civil Pública 2008.71.07.001547/0-RS, Vara Federal de Caxias do Sul-RS, decisão de 25.05.2009).

No caso, persistem dúvidas a respeito da prática comercial abusiva, ou dos denominados crimes contra a ordem

arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2014. p. 15.

124 CADE; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). **Defesa da concorrência no judiciário**. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>>. Acesso em: 5 nov. 2014. p. 24.

econômica, até porque, por opção política e econômica, optou o Estado pela liberação do preço dos combustíveis. Essa é a regra, inexistindo imposição legal de limitação da margem bruta de lucro. Por certo que o princípio não autoriza o abuso, mas, para configurar o crime e justificar a imposição de limitação do preço, impõe-se a produção de prova robusta, não o caso. Para mais disso, a fixação do preço final da gasolina nos postos da demandada, ora agravante, com margem de lucro bruto no percentual referido, por si só, não é suficiente para indicar a existência de ajuste ou acordo entre as empresas do mesmo ramo de atividades, ou elevação dos preços sem justa causa, a configurar crime contra a ordem econômica previsto na Lei n.º 8.137/90. (Apelação Cível n.º 70014687396 – TJRS, Margem de Lucro Irapuã, decisão de 08.06.2006)¹²⁵

O SBDC é o sistema responsável por decidir sobre atos de concentração e todo tipo de abuso do poder econômico. Pela sua técnica e especialização, é nele que devem se concentrar as análises desse tipo, não cabendo TACs conforme acima mencionado. Evidentemente, as decisões do CADE estão sujeitas a ser submetidas a um exame judicial. Afinal, apesar de sua relativa independência e de ser caracterizada como entidade judicante pela lei que a criou, a agência não pode fugir do controle jurisdicional, sob pena de inconstitucionalidade. Conforme já referido em capítulo anterior, acreditamos, ademais, que foi a caracterização como entidade judicante que conferiu ao CADE embasamento para, em nota oficial, especificamente em

125 CADE; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). **Defesa da concorrência no judiciário**. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>>. Acesso em: 5 nov. 2014. p. 24.

Rodrigo de Camargo Cavalcanti

relação ao caso Nestlé-Garoto, esclarecer “que não há previsão legal para acordo judicial em atos de concentração”¹²⁶.

Porém, apesar de todas as críticas que podem ser desferidas à atuação da autarquia, é sob sua responsabilidade de análise e aprovação inicial que devem ocorrer as mediações ou outras soluções institucionais a respeito do ato de concentração, mesmo que seja na forma de parceria com outros órgãos estatais, tendo em vista a maior possibilidade da agência de análise dos efeitos das decisões, impostas ou acordadas, sobre a sociedade como um todo.

126 CADE. Assessoria de Comunicação. **Nota oficial**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?79ce5dac44d92ef5004de77bd6>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

5. Teoria do Oligopólio

A definição de oligopólio mais corrente é a de uma situação de mercado na qual um número reduzido de agentes econômicos controla a maior parcela do mercado – e, justamente por isso, acaba por considerar as ações passadas, presentes e futuras de seus concorrentes mais do que num ambiente de concorrência perfeita. Alguns autores, como na doutrina de Isabel Vaz, preferem o termo “concorrência praticável” em vez de “concorrência perfeita”:

Analisando o fenômeno da concorrência em seus aspectos econômicos, admitidas a ineficácia e a insuficiência de certas formas repressivas, e a impossibilidade da implantação dos modelos teóricos, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas próprias limitações, abandonando a utopia de implantar uma concorrência perfeita, e a raciocinar, em termos de um valor possível a ser buscado, institucionalizado e protegido pelo Direito.¹²⁷

Outra definição que merece ser considerada é a de Kaysen e Turner, para quem, conforme salientado por Robert Bork, um mercado estruturalmente oligopolizado é aquele no qual um pequeno número de grandes vendedores partilham o mercado, de modo que são capazes de reconhecer a interação dos próprios comportamentos e da responsividade de seus rivais em determinar os valores das variáveis do mercado¹²⁸. A fim de quantificar esses parâmetros, os autores consideram arbitrariamente que “um

127 VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Forense: Rio de Janeiro, 1993. p. 99.

128 BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1993. p. 176.

pequeno número de grandes vendedores” corresponderia a “uma divisão do mercado de um terço do total do mercado de vendas para os oito maiores vendedores”¹²⁹ – entretanto, Kaysen e Turner não demonstram as evidências que os levaram a essa conclusão.

O conceito de oligopólio varia grandemente entre os diversos doutrinadores e as jurisprudências domésticas e internacionais. Pode variar, ainda, conforme o setor do mercado e suas respectivas especificidades.

As Agências norte-americanas (Federal Trade Commission e o Department of Justice) publicam conjuntamente, de tempos em tempos, as diretrizes denominadas Horizontal Merger Guidelines. Esse documento trata das principais técnicas de análise, prática e coação de ambas as agências no que diz respeito a fusões e aquisições envolvendo competidores atuais ou potenciais sob as leis federais antitruste¹³⁰.

Acerca da concentração de mercado, o último documento divulgado (2010) dispõe sobre o uso do Herfindahl-Hirschman Index (HHI) para quantificação, classificando os mercados em três tipos: não concentrados (HHI abaixo de 1500), moderadamente concentrados (HHI entre 1500 e 2500) e altamente concentrados (HHI superior a 2500). Caso a fusão resulte nesse último tipo, provocando um acréscimo de mais de 200 pontos no índice, o aumento no poder de mercado é presumido, devendo ser demonstradas evidências de não ocorrência. Nos termos das Horizontal Merger Guidelines:

Tendo em vista o mercado relevante, as Agências estimam a quota de mercado das empresas pleiteantes, o nível de

129 BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1993. p. 176.

130 U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION (EUA). *Horizontal Merger Guidelines* 2010. Ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014. p. 1.

concentração, e a mudança na concentração causada pelo ato. [...] Concentrações que promovam um significativo aumento na concentração e resultem em mercados altamente concentrados são presumivelmente susceptíveis de aumentar o poder de mercado, mas essa presunção pode ser ilidida por prova convincente de que a fusão não tenderá a aumentar o poder de mercado.¹³¹ (tradução nossa)

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, por sua vez, utiliza-se da quantificação estabelecida no § 2º do artigo 36 da Lei 12.529/11, segundo o qual presume-se “posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”. Tendo isso em vista, o autor define da seguinte forma a necessidade de atenção a uma concentração oligopolista:

De modo geral, em consequência, é importante definir se uma empresa pertence ou não ao oligopólio. Ou seja, definir a diferença entre relações internas e externas num determinado oligopólio. Deve-se dizer, pois, que *uma empresa pertence ao oligopólio (relações internas) se ela é capaz de limitar, na forma de reações interligadas e recíprocas, o espaço de ação econômica das demais, de modo a criar restrições ou possibilidade de restrições à efetiva concorrência*. Aqui se entende a presunção dos 20% em um mercado relevante que, elevada ao quadrado, significa um índice de 400, o qual, em

131 “The Agencies give weight to the merging parties’ market shares in a relevant market, the level of concentration, and the change in concentration caused by the merger. [...] Mergers that cause a significant increase in concentration and result in highly concentrated markets are presumed to be likely to enhance market power, but this presumption can be rebutted by persuasive evidence showing that the merger is unlikely to enhance market power.”

princípio, num mercado de concentração moderada (índice de mais de 1000) já merece cuidado.¹³² (grifo nosso)

Data venia, devemos interpretar com cautela as palavras de Ferraz Júnior. Considerar apenas a presunção de 20% para ações coordenadas entre empresas, mesmo que seja num mercado oligopolizado, contradiz a proposta exarada pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Segundo esse documento, a verificação da existência de oligopólio (ou domínio de uma parcela substancial de mercado) deve levar em conta também a parcela de mercado das quatro maiores empresas do setor (C4 maior ou igual a 75%), além da porcentagem da nova empresa, que teria de igualar ou superar 10% do mercado relevante. Claro que esses valores são relativamente arbitrários e não vinculativos, porém condizem com o histórico de análise de atos de concentração por parte do CADE, o que acaba por premiar a objetividade em sua determinação, sem desconsiderar a possibilidade de uma análise crítica sobre as indicações e premissas do Guia brasileiro.

Sendo assim, convém observar o conceito de eficiência econômica utilizado no Guia: “em uma economia eficiente os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico”. Dessa forma, estritamente falando, eficiências econômicas no âmbito da concentração econômica seriam “as melhorias nas condições de produção, distribuição e consumo de bens e serviços gerados pelo ato, que não possam ser obtidos de outra maneira (ou seja, devem ser ‘eficiências específicas’ do ato) e que sejam persistentes a longo prazo”. Valem as palavras de Ricardo Corrêa Geoffroy:

132 FERRAZ JUNIOR, Tercio S. *O conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre o abuso do poder econômico*. 8 jan. 2013. <Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/138>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

[...] a análise das eficiências faz-se necessária para a avaliação dos atos de concentração que provocam efeitos anticompetitivos em função das possíveis reduções/aumentos de eficiência no mercado examinado, buscando encontrar um nível que melhor reflita os anseios da sociedade. Toda concentração em que se suponha existir algum efeito anticompetitivo – efetivo ou potencial – exige o exame das eficiências econômicas, indispensável para a identificação dos efeitos líquidos em termos de bem-estar da concentração examinada.¹³³

Nesse sentido, o Guia brasileiro se refere, no item 14, ao que denomina “Efeito Líquido Não Negativo”, referente à não redução do bem-estar econômico. Promovem esse efeito as concentrações:

(a) que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado; ou (b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado; ou (c) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração.

O Guia define da seguinte forma o “exercício do poder de mercado”:

O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas

133 GEOFFROY, Ricardo C. **Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas**. V Prêmio SEAE 2010. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios-2014/9o-premio-seae-2014/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores-premio-seae>>. Acesso em: 1º dez. 2014, p. 81.

coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

Outrossim, deduz-se que a probabilidade do exercício unilateral do poder de mercado é ínfima quando pelo menos uma das seguintes condições estiver presente: “(a) as importações forem um remédio efetivo contra o exercício do poder de mercado; (b) a entrada for ‘provável, tempestiva e suficiente’; ou (c) a rivalidade entre as empresas existentes no mercado for efetiva”.

Ou seja, resumindo, o exercício de poder de mercado não seria prejudicial ao bem-estar dos consumidores quando: 1) o ato de concentração não gerasse o controle de parcela substancial de mercado; 2) o exercício do poder de mercado fosse improvável, mesmo havendo controle de parcela substancial do mercado; 3) os efeitos negativos potenciais de um possível exercício do poder de mercado não fossem superiores aos efeitos positivos.

Convém nos determos sobre o significado, para o SBDC, dessa “parcela substancial de mercado”. Para quantificá-la, o Guia se vale da Lei 8.884/94. No seu artigo 20, § 3º, ela define que a posição dominante de determinada empresa ou grupo de empresas, ou seja, o controle de parcela substancial de mercado, é presumida quando se verifica o controle de pelo menos 20% (vinte por cento) de mercado relevante. Cabe dizer, ainda, que a redação do dito parágrafo foi alterada pela Lei 12.529/11 para reforçar a condição porcentual considerada, estando agora sob a letra do artigo 36. Este também define como posição dominante a situação em que o agente pode modificar as condições de mercado, sozinho ou em coordenação com os concorrentes, adquirentes ou fornecedores.

Essa porcentagem de controle serve para verificar a possibilidade que tem a empresa, ou o grupo de empresas, de exercer unilateralmente o poder de mercado. Já para a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado, considera-se o critério acima exposto: quando “a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75%; e a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante” (grifo nosso).

Uma das críticas que pode ser feita a esse tipo de análise sobre a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado é o uso do critério do C4. Para tanto, vale explicarmos um pouco melhor o Herfindahl-Hirschman Index, utilizado pelas Agências norte-americanas. Conforme explica o Department of Justice dos Estados Unidos,

O HHI é calculado elevando-se ao quadrado as quotas de mercado de cada firma que compete no mercado e somando os resultados. Por exemplo, para um mercado formado por quatro empresas com quotas de 30%, 30%, 20% e 20%, o HHI é 2.600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2.600$).

O HHI leva em consideração o tamanho relativo de distribuição das empresas num mercado. Ele se aproxima de zero quando um mercado é ocupado por um grande número de empresas de relativo tamanho equivalente e alcança seu máximo de 10.000 pontos quando um mercado é controlado por uma única empresa. O HHI aumenta quando o número de empresas no mercado diminui e quando a disparidade de tamanho entre essas empresas aumenta.¹³⁴ (tradução nossa)

134 “The HHI is calculated by squaring the market share of each firm competing in the market and then summing the resulting numbers. For example, for a market consisting of four firms with shares of 30, 30, 20, and 20 percent, the HHI is 2,600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2,600$).

The HHI takes into account the relative size distribution of the firms in a market. It approaches zero when a market is occupied by a large number of firms of relatively

O HHI, portanto, é uma medida do tamanho das empresas em relação ao tamanho do mercado no setor. Esse critério de cálculo é mais vantajoso que a simples consideração da porcentagem das 4 maiores empresas pelo fato de que leva em consideração todas as companhias, não só as maiores. Richard Posner, considerando tal método, exemplifica:

Se cada uma das quatro maiores empresas tem 20% do mercado e uma margem de dez menores vendedores com 2% cada, o Herfindahl seria 1.640. Essa é uma melhor medição de concentração do que a relação de concentração de quatro empresas ou oito empresas, porque inclui informação sobre todas as empresas no mercado, não só as maiores, e isso é importante para avaliar a probabilidade de conluio de preços. O Herfindahl, assim, fornece peso (negativo) à existência da margem de pequenos vendedores, o que, conforme já sabemos, é condição de mercado hostil à colusão. Por exemplo: se, no exemplo anterior, em vez de uma margem de dez menores vendedores havia uma quinta empresa com 20%, o Herfindahl seria 2.000, indicando corretamente que esse mercado estava mais concentrado do que com uma margem de pequenos vendedores. Já o índice de concentração de quatro empresas dos dois mercados seria o mesmo (80%).¹³⁵ (tradução nossa)

equal size and reaches its maximum of 10,000 points when a market is controlled by a single firm. The HHI increases both as the number of firms in the market decreases and as the disparity in size between those firms increases.” DOJ, Department of Justice. **Herfindahl-Hirschman Index**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

- 135 “If the four largest firms each have 20 percent of the market and a fringe of ten smaller sellers 2 percent each, the Herfindahl would be 1,640. It is a better measure of concentration than the four-firm or eight-firm concentration ratio because it includes information about all the firms in the market, not just the largest, and that is important for appraising the likelihood of collusive pricing. The Herfindahl thus gives (negative) weight to the existence of a fringe of small sellers, which as we already know is a market condition inimical to collusion. For example, if in the previous example

Outra característica em princípio subjetiva diz respeito ao exercício de poder de mercado que seria prejudicial ao bem-estar dos consumidores se houvesse o controle de parcela substancial de mercado, probabilidade de exercício do poder de mercado e *efeitos negativos potenciais superiores aos efeitos positivos*. Ou seja, nesse quesito, há uma análise qualitativa entre os efeitos negativos e os efeitos positivos decorrentes do ato de concentração, estando aí incluídas também ambas as formas de externalidade (negativas e positivas). Sopesar-se-ia, *e. g.*, a demissão de certa quantidade de funcionários em prol de uma possível diminuição de preços. Uma solução trazida pelo Guia brasileiro é a seguinte:

Ainda que as externalidades negativas sejam bastante frequentes, é importante considerar que diferentes opções de políticas públicas estão disponíveis para tratar do tema e que, portanto, a autorização de uma fusão não necessariamente é a melhor forma de eliminá-las do ponto de vista do bem-estar econômico. Por isso, ao considerar o argumento de que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específica da concentração, a SEAE e a SDE estarão particularmente atentas à possibilidade de obter o mesmo efeito por meio de outras políticas públicas. *Somente nos casos em que não existam medidas de políticas públicas alternativas para tratar o tema se considerará que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específico da concentração.* (grifo nosso)

instead of a fringe of ten small sellers there was a fifth 20 percent firm, the Herfindahl would be 2,000, indicating correctly that this market was more concentrated than it would be with a fringe of small sellers. Yet the four-firm concentration ratio of the two markets would be the same (80 percent).” POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. E-Book.

Ou seja, consoante a política antitruste brasileira, cabe primeiramente ao Poder Público, mediante a implantação de políticas públicas, eliminar as externalidades negativas provocadas por determinado ato de concentração entre empresas privadas. *Data venia*, observamos certa inconsistência na arguição desse critério de atribuição de responsabilidades ao Estado, quando na verdade o agente promotor da externalidade foi exclusivamente o agente econômico privado na realização do ato de concentração.

Nossa crítica decorre de uma postura sobre a promoção, conservação e salvaguarda dos Direitos Humanos – como o direito a uma vida digna através do trabalho – na qual esses direitos sejam garantidos não só no sentido vertical (relação Estado/particular e Estado/sociedade), mas também e prioritariamente no horizontal (relação particular/particular e particular/sociedade). Essa assertiva decorre do marco teórico que aqui adotamos, qual seja, o artigo 170 da Constituição Federal, regra matriz da ordem econômica, inerentemente um direito humano tridimensional, no sentido da lição de Thiago Lopes Matsushita, para quem:

É válido lembrar que o Direito Econômico é um direito autônomo que serve para regular a economia e que preserva a qualidade de ser mais do que um direito que atenda à esfera pública ou privada e, também, a difusa e coletiva, independentemente, mas sim deve atender às três ao mesmo tempo e em cadeia de adensamento [...].¹³⁶

Assim, a empresa constituída tem a responsabilidade de buscar criativamente uma solução para o problema ocasionado pela fusão,

136 MATSUSHITA, T. A verificação do tridimensionalismo do Direito Econômico na regra matriz da ordem econômica. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; SIQUEIRA NETO, José Francisco. (Coord.); CAMILLO, Carlos Eduardo N.; SMANIO, Gianpaolo P. (Orgs.). **60 Desafios do Direito. Direito na Sociedade Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2013. Vol. 1, pp. 21-29. p. 24.

mesmo que com o auxílio parcial do Estado, contribuindo este com mediadores, financiamentos públicos e demais aparatos já existentes para a resolução de conflitos e a salvaguarda monetária e institucional.

Essa perspectiva é, a nosso ver, o Estado de Intervenção Necessária, cuja função consiste em contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como reza a Constituição em seu artigo 3º, inciso I. Livre, pois ela mesma responsável por negociar e realizar seus atos com o mínimo possível de interferência do Estado; justa, pois conforme os ditames dos Direitos Humanos, da Carta Magna e das normas infraconstitucionais, já que os entes privados e suas resoluções para as externalidades negativas estariam devidamente observados/mediados pelo Estado, sancionador último das decisões privadas; e solidária, pois comprometida com a dimensão da fraternidade, já que conduz os entes privados a observar e contabilizar os efeitos gerados nos demais particulares e na sociedade como um todo.

Vale, nesse momento, retomar o denominado “Efeito Líquido Não Negativo” descrito no Guia brasileiro, ou seja, o efeito que não ocasiona a redução do bem-estar econômico. Tal efeito está garantido por aqueles atos de concentração que (a) não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado; ou (b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado. Entendemos o ambiente de oligopólio como poucas empresas detendo o controle de parcelas substanciais de mercado e capazes de exercitarem seu poder de mercado. Estão, assim, preenchidos os dois primeiros critérios de impedimento de um ato de concentração. O terceiro critério, mais abrangente e flexível, que estabelece a possibilidade de não redução do bem-estar econômico, diz respeito aos atos de concentração “cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração”. Não conseguimos, porém, vislumbrar efeitos positivos o bastante, que fossem

passíveis de realização somente mediante esse determinado ato de concentração e pudessem ser superiores aos efeitos negativos advindos de um mercado em situação de oligopólio.

Em primeiro lugar, entendemos que a situação de oligopólio traz benefícios que se revertem mormente aos próprios agentes econômicos, sendo de pouco ou nenhum ganho para os consumidores e para a sociedade como um todo.

Em segundo, conforme será analisado abaixo, não deveria haver tal sopesamento valorativo, devendo os agentes econômicos em processo de concentração “dirimir” os efeitos negativos apesar dos positivos, não “compensá-los” através de supostos efeitos positivos.

Desta forma, alguns especialistas concordarão com a conceituação do problema do oligopólio exposta por Paolo Buccirossi, ex-assessor econômico da autoridade concorrencial italiana e responsável por auxiliar na criação da política concorrencial na Lituânia e na Bulgária, bem como na implementação de sistemas de punição por práticas anticoncorrenciais na Holanda e na República Tcheca:

A diferença mais relevante entre uma estrutura competitiva e um oligopólio é que, no último, empresas reconhecem suas interdependências e escolhem suas estratégias sabendo que suas escolhas influenciarão a escolha feita por seus rivais e ambos afetarão sua própria recompensa. Como uma consequência, empresas se comportam menos agressivamente com medo de que uma estratégia competitiva pudesse engatilhar uma guerra comercial que prejudicasse seus interesses, não somente como grupo, mas também como empresas individuais. Uma redução no bem-estar econômico é considerada quase inevitável. *De acordo com essa abordagem, enquanto a principal (se não a única) causa desse resultado é a estrutura de mercado, o único remédio possível também é estrutural. Portanto,*

to, a ferramenta adequada antitruste é a regulação da concentração.¹³⁷ (grifo nosso; tradução nossa)

Pela quantidade de agentes em um ambiente oligopolista, cada firma possui relativo poder de mercado, sendo capaz de alterar o preço final do produto em questão. Nesse sentido, o oligopólio permite que se instaure uma política de preços superior ao mercado de concorrência mais acirrada, porém menor que a do mercado monopolístico. Nas palavras de Gico Junior:

Ao estabelecer seus preços ou quantidades, o oligopolista maximizado considera o quanto seus concorrentes produzirão e cobrarão (gerando uma expectativa a ser confirmada), agindo de acordo. Os concorrentes, a seu turno, na hora de estabelecerem seus preços e produção, levam em consideração o quanto aquele oligopolista deve produzir (também gerando uma expectativa a ser confirmada). Como resolver, então, do ponto de vista teórico, o dilema representado pelo raciocínio de regressão infinita a acometer o administrador de uma empresa oligopolista sabendo que o administrador da outra empresa “sabe que ele sabe que ele sabe que ele sabe...”?¹³⁸

137 “The most relevant difference between a competitive structure and an oligopoly is that, in the latter, firms recognize their interdependence and choose their strategy knowing that their choice will influence the choice made by their rivals and both will affect their own payoff. As a consequence, firms behave less aggressively being afraid that a competitive strategy could trigger a commercial war that would harm their interests, not only as a group, but also as individual firms. A reduction of economic welfare is considered almost inevitable. According to this approach, as the main (if not only the one) cause of this outcome is the market structure, the only feasible remedy is structural too. Therefore, the proper antitrust tool is merger regulation.” BUCCIROSSI. p. Oligopoly and tacit collusion: characterization, detection, proof and remedies. In: CORDOVID, Leonor (Coord.). *Revista do IBRAC. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, n. 17, jan.-jun. 2010. p. 328.

138 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 226-227.

O modelo mais tradicional de oligopólio é aquele construído por Antoine Augustin Cournot (1801-1877): num ambiente concorrencial de poucos agentes ofertantes, as empresas decidem fornecer certa quantidade e preço de um produto com base na demanda residual deixada pela(s) outra(s) empresa(s). Assim, definem o valor do que é ofertado como se estivessem em um ambiente monopolístico. Isso considerando a inexistência de qualquer acordo, expresso ou tácito, entre as empresas, e supondo que os produtos oferecidos sejam homogêneos, levando também em conta que as empresas decidem simultaneamente o quanto produzir.

A essência do modelo de Cournot é que cada empresa fará uma estimativa de quanto a outra produzirá e, conhecendo a curva de demanda do mercado, tomará sua própria decisão acerca do quanto deve produzir. Como se trata de um modelo estático, o mercado existe por um único período, o processo de ajustamento não pode depender da experiência aprioristicamente. O modelo não informa como o equilíbrio é alcançado, apenas como se comportariam os concorrentes uma vez alcançado tal equilíbrio.¹³⁹

Ou seja, justamente por conta das características acima salientadas é que não se poderia defender a existência de cooperação entre as empresas. Embora a venda do produto se destine à demanda residualmente deixada pela outra empresa, não existe cooperação, pois cada um está adotando uma postura egoísta sobre o mercado. A demanda residual não advém de um acordo tácito, mas seria fruto das próprias condições de mercado das empresas.

Esse modelo, portanto, é estático, porque não leva em consideração outros períodos de mercado – ao contrário, considera que

139 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 229.

as interações ocorreriam uma única vez. Desse modo, o equilíbrio de Cournot seria facilmente ultrapassado se levarmos em consideração um mercado dinâmico, onde os agentes econômicos teriam a chance de realizar colusão e de acompanhar o histórico das demais empresas do oligopólio, prevendo seus comportamentos e agindo conforme as futuras ações uns dos outros.

O modelo estático de Cournot, portanto, possui a falha de “ausência da incorporação da experiência e da repetição das interações entre os agentes econômicos”¹⁴⁰. Tal modelo, aperfeiçoado por Bertrand e em seguida por Edgeworth e Stackelber, foi construído sobre as bases de uma lógica individualista e ancorado pela teoria dos jogos de Nash. O equilíbrio desenvolvido por John F. Nash diz respeito a qualquer jogo não cooperativo em que “nenhum jogador pode obter retorno superior pela alteração unilateral de sua conduta, *i. e.*, escolhendo uma estratégia distinta”¹⁴¹.

Porém, nesse aspecto, concordamos com a observação de Calixto Salomão Filho:

[...] exatamente a teoria dos jogos formulada sob pressuposto individualista leva à identificação do elemento cooperativo. Basta observar que o resultado último dessa teoria é a cooperação natural e inconsciente entre oligopolistas (este é o resultado da estratégia individual de Nash). Acreditar que esse resultado é causal ou economicamente determinado é ingênuo e desconsidera um fator de importância fundamental. Observar o comportamento do outro, seja concorrente ou co-partícipe em qualquer forma de interação

140 GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 245.

141 GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 233.

social, antes que uma forma de definir comportamentos, é um modo de adquirir conhecimento [...].¹⁴²

Mais relevante para nós, nesse momento, é a atuação do oligopolista num ambiente mercadológico dinâmico, em que os agentes econômicos estão submetidos a quatro condições, determinadas pela Teoria dos Jogos:

- (a) a existência de dois ou mais tomadores de decisão, normalmente denominados jogadores;
- (b) cada jogador deseja maximizar o seu próprio bem-estar (utilidade), denominado de retorno;
- (c) cada jogador está ciente de que a ação de qualquer outro jogador pode afetar seu retorno esperado;
- (d) os interesses de um jogador *vis-à-vis* os demais não são nem perfeitamente antagônicos, nem perfeitamente coincidentes.¹⁴³

Como bem salienta Maria Luisa Abrantes:

Por jogo, entende-se um conjunto de regras que governam o comportamento de dado número de indivíduos ou grupo de indivíduos, denominados jogadores. Em geral, as regras do jogo consistem numa sucessão finita de lances realizados segundo determinada ordem. Os lances são elementos componentes do jogo e podem ser de dois tipos: pessoais ou aleatórios. Lance pessoal é o acto através do qual o jogador escolhe entre várias alternativas que se oferecem-lhe. A decisão tomada designa-se por escolha. No lance aleatório, a escolha é feita a partir de uma selec-

142 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27.

143 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 247.

ção de alternativas. Resumindo: jogo é uma sucessão de lances, e a partida, uma sucessão de escolhas.¹⁴⁴

A aplicação da teoria dos jogos em economia, portanto, “visa a eficácia da acção dos decisores considerados na sua individualidade, ou enquanto grupos de interesses, para a conquista de mercados ‘com’ ou sem a cooperação de outros intervenientes sobre o mercado”¹⁴⁵.

Importante modelo teórico dentro da Teoria dos Jogos é aquele anteriormente desenvolvido pelos cientistas Melvin Dresher e Merrill Flood, seguidamente adaptado por Albert Tucker e denominado “dilema do prisioneiro”. Ele pode ser utilizado para um período único, consoante a teoria de Cournot, porém, se assim for, sofrerá dos mesmos problemas já salientados acima, sem a “possibilidade de levarem em consideração a experiência passada na hora de estabelecer suas estratégia e sem considerarem que sua acção afetará a resposta do concorrente em momento posterior”¹⁴⁶.

Desta forma, interessante é o dilema pela possibilidade de ser repetido indefinidamente:

[...] o dilema do prisioneiro se põe da seguinte forma: dois homens acusados de violar conjuntamente a lei são mantidos separados pela polícia. A cada um é dito que (i) se um confessar e o outro não, o primeiro será premiado e o segundo multado; e (ii) se ambos confessarem, cada um será multado. Ao mesmo tempo, ambos têm boas razões para acreditar que (iii) se ne-

144 ABRANTES, Maria Luísa. *A Teoria dos Jogos e os oligopólios. Abordagem*. Disponível em: <<http://www.uspleste.usp.br/rvicente/TeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014. p. 23, 24.

145 ABRANTES, Maria Luísa. *A Teoria dos Jogos e os oligopólios. Abordagem*. Disponível em: <<http://www.uspleste.usp.br/rvicente/TeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014. p. 56.

146 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusãoão*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 256.

nhum dos dois confessar, ambos sairão incólumes. Obviamente, ambos estariam melhor se pudessem combinar para não confessarem, todavia, não havendo forma de se comunicar e, mesmo se houvesse, existindo séria suspeita de que o outro trapacearia, a probabilidade maior é a de que confessem, pois essa estratégia é a melhor independentemente do que o outro decida fazer. [...] Os modelos estáticos resultam em produção superior ao nível monopolista (lucros menores), tendo em vista cada jogador tomar como dada a estratégia de seus concorrentes e não poder influenciá-los. A introdução do elemento dinâmico (interação reiterada) altera esse quadro ao forçar os jogadores a considerarem, a cada rodada, qual seria a resposta provável dos demais jogadores nas rodadas seguintes e qual seu impacto sobre os lucros futuros. *Assim como o agente econômico perfeitamente competitivo responde aos sinais do mercado, os oligopolistas, em cenários dinâmicos, interagem e respondem às estratégias de seus concorrentes.*¹⁴⁷ (grifo nosso)

Neste sentido, dispõem Antonio Carlos Aidar Suaia e David Kallás que:

Empresas oligopolistas freqüentemente enfrentam dilemas semelhantes. Devem decidir por “competir” para aumentar sua fatia de mercado ou “cooperar” pelos lucros, mantendo tacitamente um conluio. Neste caso tornam-se passivas, limitam a produção e praticam preços mais elevados. A exemplo do dilema dos prisioneiros, cada empresa poderá sentir-se estimulada a “trair o acordo tácito” e praticar preços menores temendo ação semelhante dos concorrentes. Por mais desejável que seja a cooperação, cada empresa preocupa-se com a possibilidade de que, ao se comportar passivamente, seus concorrentes atuem

147 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 256-257.

agressivamente, conquistando mercado. A cooperação torna-se duvidosa e induz a competição, que, segundo Nash, produz um equilíbrio com lucros menores. Enquanto no dilema dos prisioneiros a decisão ocorre uma única vez, no jogo real das empresas decisões sobre quantidades a produzir, preços a praticar e investimentos a realizar repetem-se continuamente, afetam o equilíbrio e interferem nas decisões futuras dos concorrentes. Neste contexto, a cooperação volta a ser uma alternativa possível.¹⁴⁸

5.1. Oligopólio: Uma realidade no ambiente concorrencial brasileiro

Durante aproximadamente uma década (1980) o Brasil passou por um período de estagnação econômica e de altos índices inflacionários, além de queda no crescimento do PIB e aumento da dívida externa, o que dificultava o planejamento econômico, a abertura de empresas e consequentemente a concorrência, seja no mercado doméstico ou estrangeiro. O Brasil, neste sentido, atravessou o período republicano até a Constituição de 1988, como bem salienta João Grandino Rodas, baseado na tradição de um pesado emaranhado burocrático¹⁴⁹, conduzindo a economia através de políticas de intervenção estatal pouco preocupadas com a defesa da concorrência.

148 SAUAIÁ, A. C. A.; KALLÁS, D. Cooperar pelos lucros ou competir pelo mercado? O conflito do oligopólio tratado em um jogo de empresas. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO – ENANPAD, 28., 2004, Curitiba. *Anais...* Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração (ANPAD), 2004. p. 5.

149 RODAS, João G. (palestrante). *Seminário sobre compliance e Defesa da Concorrência*. CADE, EMAG, CEDES, AJUFE. São Paulo, 28 ago. 2014.

Foi no início de 1990, no governo Collor, que se instaurou uma política de abertura do mercado interno para o exterior, promovendo o caminho do país à globalização, afim de garantir estabilidade e vencer a inflação. É conhecido, ademais, o processo de privatização das empresas públicas iniciado neste período. A Lei 8.031/90 cuidou de instituir o Programa Nacional de Desestatização, a fim de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa (art. 1º).

Tal política liberal foi levada a cabo pelo governo Fernando Henrique Cardoso, que deu encaminhamento ao Programa através da Lei 9.491/97 e do Plano Real, instituído no início de 1994 ainda no governo de Itamar Franco. Como salienta Juliano Basile,

De fato, na segunda metade dos anos 90, o Brasil viveu um “boom” de fusões e aquisições. A estabilidade alcançada a partir do Plano Real, a consolidação da abertura da economia e a paridade da nossa moeda com o dólar aumentaram consideravelmente o número de grandes negócios no Brasil [...].¹⁵⁰

150 CARVALHO, Vinícius M. de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. (Coord.). *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa

No mesmo sentido nos informa André Averbug:

[...] entre 1988 e 1993, realizou-se amplo processo de liberalização comercial, no qual se concedeu maior transparência à estrutura de proteção, eliminaram-se as principais barreiras não-tarifárias e reduziram-se gradativamente o nível e o grau de proteção da indústria local. [...] Em 1990, foi instituída a nova Política Industrial e de Comércio Exterior, que extinguiu a maior parte das barreiras não-tarifárias herdadas do período de substituição de importações e definiu um cronograma de redução das tarifas de importação.¹⁵¹

Cabem também as palavras da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos – OCDE:

O processo de liberalização econômica brasileiro foi iniciado em 1990, quando o Presidente da República promoveu uma série de reformas, incluindo a privatização, a liberalização de preços e a desregulamentação.

Em 1994, em reação a um período de hiperinflação, foi adotado o Plano Real. Seus principais componentes foram a introdução de uma nova moeda, que à época estava atrelada ao dólar, (o que não ocorre desde 1999, quando foi permitida a flutuação da moeda) e de políticas fiscais e de crédito rígidas.

Como parte das reformas de 1994, uma nova Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada, a Lei n.º 8.884/94. A nova lei revigorou o CADE, que se tornou uma agência independente, e introduziu o controle de fusões. A priva-

Econômica – CADE, 2013. p. 18.

151 AVERBUG, André. **Abertura e integração comercial brasileira na década de 90**. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Comercio_Exterior/199910_7.html>. Acesso em: 10 ago. 2014. p. 46.

tização das empresas estatais continuou durante os anos 90. Agências reguladoras novas e independentes foram criadas para os setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo e gás natural, transporte terrestre e aviação civil. Entretanto, a privatização não foi completa. O governo se mantém atuante em alguns setores, notadamente em petróleo e gás por meio do controle da Petrobrás, a empresa dominante neste setor; na geração e transmissão de eletricidade e no sistema financeiro.¹⁵²

A partir deste período, portanto, o Estado, contaminado pela ideologia neoliberal, conduz uma política muito menor no que diz respeito à participação efetiva, mediante empresas públicas, no mercado, se concentrando mais na tarefa de viabilização, regulação e fiscalização deste. Neste mesmo sentido salientam Gesner Oliveira e João Grandino Rodas:

O papel de Estado-empendedor é mais claro entre as décadas de trinta e oitenta, embora o esgotamento do modelo de substituição de importações já se manifestasse desde meados dos anos setenta. No entanto, é a partir dos anos noventa que ocorre uma mudança sensível, aumentando a importância do papel regulador do Estado, relativamente à sua presença na esfera da produção de bens e serviços. Note-se que este processo deverá continuar nas próximas décadas com a maior integração do Brasil na economia mundial.¹⁵³

A criação de agências reguladoras também se iniciou nesse período, integrando a Administração Federal Indireta, como é o

152 OCDE, Organização de cooperação e desenvolvimento econômicos. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**, 2010. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014. p. 10.

153 OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João G. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 132.

caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, vinculada ao Ministério da Saúde e criada pela lei 9.961/01, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, vinculada ao Ministério das Minas e Energia e criada pela lei 9.247/96, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, vinculada ao Ministério das Comunicações e criada pela lei 9.472/97, e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei nº 9.782/99. A descentralização é justamente uma das características das autarquias pois surgem “precisamente quanto se destaca determinado serviço público do Estado para atribuí-lo a outra pessoa jurídica”¹⁵⁴, além da “capacidade de se autoadministrar a respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida”¹⁵⁵. Como salienta Marques de Carvalho,

Na década de 1990 vivenciamos no Brasil um processo de reestruturação patrimonial do Estado brasileiro que nos setores de infra-estrutura alterou a dinâmica de intervenção do Estado introduzindo novos mecanismos de regulação. Entre eles podemos citar a inserção de uma abordagem concorrencial, por meio de uma disciplina de incentivos e de controle. Onde antes havia uma política pública formulada em âmbito ministerial e uma empresa estatal como seu braço regulador/executor, emergiu a separação entre as duas últimas atividades, transferindo a função regulatória para uma autarquia em regime especial e a operação para uma empresa privada, alçada à condição de concessionária de serviço público.¹⁵⁶

154 Di PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 486.

155 Di PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 486.

156 CARVALHO, V. M. de. Poder Econômico e Defesa da Concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira. In: GUEDES, Jefferson C.; NEIVA, Juliana S. M.

Dito processo de privatização e concentração da competência do Estado na regulação dos serviços delegados aos particulares está inserido numa ordem mundial de globalização financeira, onde o crescimento de grandes conglomerados econômicos transnacionais se torna cada vez mais uma realidade. A globalização, especialmente a partir da década de 1990, foi e é um processo que se desenvolve numa velocidade nunca antes vista. Por isso, as mudanças na política econômica brasileira foram tão drásticas neste momento se comparadas com períodos anteriores de maior estagnação no crescimento. Mas tal cenário globalizante não é exclusivo brasileiro, podendo ser ampliado e generalizado mormente para os países em desenvolvimento. Assim, é como explica Ivo Waisberg:

A última década do século XX mostra um grande aumento na criação de leis de concorrência. Cinquenta países promulgaram leis de concorrência na década de 90 e 27 estavam em processo de fazer o mesmo. Isto não é coincidência, mostra apenas a necessidade que esses países têm de não perder o trem da globalização. Como dito antes, após desregular e liberalizar suas economias, as leis de concorrência são o próximo passo. Por quê? Primeiramente é importante perceber a razão pela qual vários países em desenvolvimento não possuíam leis de concorrência antes de 1990: eles não tinham necessidade em tê-las, pois suas economias eram fechadas. Havia um alto grau de intervencionismo estatal na economia, com o governo atuando diretamente sobre o controle de preços por interesse social [...]. Mais do que isso, grandes empresas estatais possuíam

(Coord.). *Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011. p. 307-308.

o poder monopolístico. A decisão para cobrarem preços de monopólios cabia, em última análise, ao governo.¹⁵⁷

O que se verifica, porém, é que só se avançou na diminuição da concorrência no Brasil, mormente nos setores de maior relevância e impacto ao consumidor.

Para citar alguns exemplos, de acordo com a ANATEL, em janeiro de 2003 o setor de telefonia móvel contava com quatro grandes empresas (Brasil Cel, Telecom Americas, Tim Brasil e Opportunity) representando 78,38% de todo o mercado, enquanto que em dezembro de 2013, as quatro maiores (Telefônica, Telecom Americas, Telecom Itália e Oi) contavam com 99,44% do mercado – importante salientar que a Telefônica detinha, até fevereiro de 2015, 14,8% de participação na Telecom Itália¹⁵⁸. O mercado de TV por assinatura, por sua vez, tinha concentrado em apenas duas empresas (NET e SKY), em dezembro de 2013, uma fatia equivalente a 83,41% de acessos. No mercado de aviação civil também não é muito diferente. Conforme dados fornecidos pela ANAC, somente três empresas (Tam, Gol e Azul) lideram a participação mercado contemplando,

157 WAISBERG, Ivo. *Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 22.

158 Cabe esclarecer que desde março de 2015 esse cenário se alterou ligeiramente, tendo em vista a compra da GVT pela Telefônica, processo este cuja decisão do CADE foi, entre outras medidas, de determinar que a Telefônica vendesse sua participação na Telecom Itália. Porém, dizemos que o cenário foi ligeiramente alterado tendo em vista que, conforme noticiado pela mídia Reuters, “segundo dados de agosto da Anatel, após a compra da GVT, a participação de mercado da Telefônica Brasil em banda larga chega a cerca de 30,6 por cento, superando a atual vice-líder Oi, que tem 27,9 por cento e encostando na líder NET, que tem 30,7 por cento do mercado, com 7,2 milhões de acessos”. Além do que, “os serviços oferecidos pela Telefônica Brasil e pela GVT se sobrepõem em cerca de 20 municípios do Estado de São Paulo, e em algumas dessas cidades a participação das duas empresas somadas pode chegar a quase 100 por cento”. REUTERS. Vivo e GVT têm sobreposição em 20 municípios de SP. **Exame.com**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/vivo-e-gvt-tem-sobreposicao-em-20-municipios-de-sp>>. Acesso em 06 mai.2015.

em dezembro de 2013, um total de 91,6%, quase o mesmo valor de 2005, em que as mesmas empresas detinham 91,53% de todo o mercado de aviação civil doméstica. Já no setor automotivo¹⁵⁹, três empresas dominam mais da metade do mercado de veículos (Fiat, Volkswagen e GM) com 58,71%¹⁶⁰. No setor de supermercados, quatro empresas (Pão de Açúcar, Carrefour, Walmart e Cencosud) lideraram em faturamento com mais da metade do total em todo o país (50,22%)¹⁶¹. Desta forma, salientamos os dizeres de Neide Teresinha Mallard, então conselheira do CADE:

Há que se olhar com muita cautela, na análise do atos de concentração, a propalada globalização da economia. Ao contrário do que muitos pensam, e chegam até a afirmar, a globalização não implica, necessariamente, a concentração econômica. É certo que a dimensão geográfica de certos mercados relevantes tende a expandir, e que maiores escalas serão necessárias para que as empresas se tornem competitivas. Mas não é menos certo que a concentração econômica deva continuar a ser examinada de forma criteriosa, caso a caso, analisando-se as eficiências almeja-

159 Neste setor, vale salientar, a concentração de poder econômico está em queda desde 1999, quando 90% do mercado estava nas mãos de quatro grandes empresas. Em 2010, esse percentual se reduziu para quase 70%, conforme divulgado pelo Jornal *O Estado de S. Paulo* em <<http://blogs.estadao.com.br/radar-economico/2011/09/29/oligopolio-de-montadoras-no-brasil-esta-sob-pessao-diz-banco/>>. Porém, entendemos que, mesmo assim, o oligopólio persiste em altos índices, o que poderia ser ainda mais evitado com uma política mais radical de incentivo.

160 FENABRAVE. **Índices e números**. Disponível em: <<http://www3.fenabreve.org.br:8082/plus/modulos/listas/index.php?tac=indices-e-numeros&idtipo=1&layout=indices-e-numeros>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

161 VALOR Econômico. Pão de Açúcar cresce mais que concorrentes e lidera ranking do setor. 26 mar. 2014. **Valor Econômico**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3495866/pao-de-acucar-cresce-mais-que-concorrentes-e-lidera-ranking-do-setor>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

das pelas empresas integradas e seu real significado para o mercado, seja ele nacional ou global.¹⁶²

Assim, mesmo teoricamente o processo de globalização prescindindo da concentração, é notória a tendência oligopolista dos mercados domésticos. Uma das problemáticas de uma situação de oligopólio é descrita por Mario Luiz Possas:

[...] numa situação de oligopólio (ou monopólio) a ameaça de entrada de novos competidores é um fator de decisiva importância na determinação do preço, uma vez que estabelece um limite superior para o preço (e portanto para os lucros, *ceterisparibus*) no qual as empresas que exercem a liderança de preços estão seguras de poder manter-se sem induzir à entrada de outras firmas no mercado.¹⁶³

Desta forma, o problema do oligopólio está justamente na possibilidade das empresas acordarem, explícita ou implicitamente, no sentido de reduzirem o fator de competitividade entre elas, dificultando inclusive a entrada de novos agentes econômicos, provocando situações prejudiciais aos consumidores finais e, neste sentido, prejudicial à própria estrutura concorrencial do mercado. Esse acordo é comumente chamado de cartel, ou, se implícito, colusão tácita. Na definição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos – OCDE:

A cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry.

162 MALLARD, N. T. Ato de Concentração nº 41/95 Hoechst do Brasil, Química e Farmacêutica S.S. e Rhodia S. S (Fairway). In: *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 1. p. 61-138, jan. 1997. p. 133.

163 POSSAS, Mario Luiz. *Estruturas de mercado em oligopólio*. São Paulo: HUCITEC, 1990. p. 90.

Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these. Cartel in this broad sense is synonymous with “explicit” forms of collusion. Cartels are formed for the mutual benefit of member firms.

The theory of “cooperative” oligopoly provides the basis for analyzing the formation and the economic effects of cartels. Generally speaking, cartels or cartel behaviour attempts to emulate that of monopoly by restricting industry output, raising or fixing prices in order to earn higher profits.¹⁶⁴

Neste sentido cabem também as palavras da lição de Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

A estrutura de mercado oligopolista, no entanto, permite estabelecer conduta restritiva à concorrência entre os integrantes, mesmo sem comunicação expressa. Trata-se do chamado *comportamento interdependente*, através do qual os agentes restringem sua produção a fim de chegar a um preço de mercado próximo ao que seria fixado por um monopolista. Cada concorrente sabe que é mais vantajoso acompanhar os demais numa alta de preços do que desencadear um corte geral dos mesmos, com prejuízo para todos. A conduta de cada um dos concorrentes leva em conta a dos demais, a partir de informações disponíveis ou sinalizações quase imperceptíveis a terceiros. Assim, a decisão de um

164 OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Glossary of industrial organization economics and competition law**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 10 ago.2014. p. 18, 19.

deles de aumentar o preço pressupõe que os demais irão entender seu interesse comum na alta e acompanhar o líder.¹⁶⁵

Os benefícios de uma defesa da concorrência em prol de uma maior competitividade e desincentivo à configuração de mercados de oligopólio ou monopólio são muito bem sintetizados por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi nos seguintes termos:

A competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior número possível de clientes. É o principal mecanismo com que uma economia de mercado conta para garantir o seu bom funcionamento. Em mercados competitivos, as empresas precisam manter baixos custos e margens de lucro, oferecer produtos de boa qualidade, e estar sempre inovando e colocando novos produtos à disposição dos consumidores. Caso contrário, correm o risco de serem expulsas do mercado por concorrentes mais hábeis. No longo prazo, a disputa entre as empresas em um mercado competitivo leva à maximização das eficiências alocativa, técnica e “dinâmica” (entendida esta como a resultante do progresso técnico), garantindo uma alocação ótima de recursos e o máximo de bem-estar social.¹⁶⁶

5.2. O oligopólio e a escola de Chicago

A Análise Econômica do Direito (AED) desenvolveu-se com o economista Aaron Director, na década de 1950, e posteriormente com Ronald Coase e com o jurista Guido Calabresi. No início da década de

165 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 36.

166 PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 355.

1970, recebeu maior impulso com juristas como Robert Bork, que se formou em Direito na Universidade de Chicago, e Richard Posner, que lecionou nessa mesma universidade e influenciou o mundo com suas ideias de aplicação da economia no Direito e nas mais diversas áreas.

A análise econômica do Direito parte do pressuposto de que os agentes econômicos, ou pessoas que fazem escolhas, têm um comportamento racional. Racionalidade, para Posner, “é a habilidade e a inclinação de empregar o raciocínio lógico para progredir na vida”¹⁶⁷ (tradução nossa). Entretanto, apesar dessas considerações sobre qual é a forma de razão que o autor tem em mente, a definição nos parece ainda subjetiva, especialmente pelo que seria “raciocínio lógico” (“instrumental reasoning”). O entendimento de Posner é o seguinte:

Um importante teste para uma teoria é sua habilidade de explicar a realidade. Se ela se mostra incapaz de fazê-lo satisfatoriamente, a razão do fracasso pode residir em suposições insuficientemente realistas. Mas nós não precisamos tentar avaliar as suposições diretamente a fim de avaliá-la. Julgado pelo teste do poder explicativo, a teoria econômica é um sucesso significativo (*embora apenas parcial*); então talvez a suposição de que pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações não é tão irrealista quanto os não economistas podem pensar num primeiro momento.¹⁶⁸ (grifo nosso; tradução nossa)

167 “[...] is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life”. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2007. p. 15.

168 “An important test of a theory is its ability to explain reality. If it does a lousy job, the reason may be that its assumptions are insufficiently realistic. But we need not try to evaluate the assumptions directly in order to evaluate it. Judged by the test of explanatory power, economic theory is a significant (*although only partial*) success; so perhaps the assumption that people are rational maximizers of their satisfactions is not so unrealistic as the noneconomist might at first think.” POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2007. p. 16.

Consciente de que a justiça não se reduz à eficiência – fato que ele frisa em sua obra *Economic analysis of law* – Posner busca interpretar muitos dos fenômenos normalmente abordados pela hermenêutica jurídica, condicionada normalmente pela leitura técnico-positivista ou até jusnaturalista, através das denominadas “rational choices”, ou, em suas palavras, “de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária”¹⁶⁹. Nesse molde, a Análise Econômica do Direito propõe “pecuniarizar” os custos e benefícios não pecuniários.

Ou seja, ao analisar economicamente tais fatos, questões que em princípio não têm qualquer relação com o valor em dinheiro são traduzidas em valores monetários. Monetariza-se, por exemplo, a demissão em massa de funcionários a fim de se ter uma base comparativa em face dos benefícios trazidos pela empresa X à sociedade, em determinado setor da economia, na forma de bem-estar coletivo – e isso é feito visando a maior “eficiência econômica”.

Impossível, nesses termos, não relacionar tal conjuntura teórica com o pensamento de autores como Jeremy Bentham, que, como utilitarista, baseia-se na ideia da maximização da felicidade ou da utilidade. Essa correlação foi feita pelo próprio Posner, cuja hipótese principal, paralela à de Bentham, é a de que “as pessoas estão sempre, e em todo lugar, empreendendo uma busca racional de seus próprios interesses”¹⁷⁰.

Observamos, portanto, que a análise econômica do Direito de Posner é fruto direto do pensamento neoliberal sobre a economia, na forma de um desenvolvimento do liberalismo clássico para o problema comportamental, consoante já definido por Foucault, e relacionado a amplas áreas da ciência (inclusive o Direito), nem

169 POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. XII.

170 POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 5.

sempre observadas em princípio pelo viés econômico. Nesse sentido, afirma Foucault:

Ora, para os neoliberais, a análise econômica deve consistir [...] no estudo da natureza e das consequências do que chamam de opções substituíveis, isto é, o estudo e a análise da maneira como são alocados recursos raros para fins que são concorrentes, isto é, para fins que são alternativos, que não podem se superpor uns aos outros. [...] “A economia é a ciência do comportamento humano, a ciência do comportamento humano como uma relação entre fins e meios raros que têm usos mutuamente excludentes”. Vocês vêem que essa definição da economia lhe propõe como tarefa [...] tentar esclarecer qual cálculo, que aliás pode ser despropositado, pode ser cego, que pode ser insuficiente, mas qual cálculo fez que, dados certos recursos raros, um indivíduo ou indivíduos tenham decidido atribuí-los a este fim e não àquele. A economia já não é, portanto, a análise da lógica histórica de processo, é a análise da racionalidade interna, da programação estratégica da atividade dos indivíduos.¹⁷¹

O conceito de eficiência alocativa do mercado passa a ser central para a resolução das problemáticas devidas às políticas antitruste e seu objeto. Eficiência, como já salientou Bruno Leal Rodrigues, “engloba, *lato sensu*, a idéia de alocar uma combinação qualquer de recursos em uma configuração que produza o melhor resultado possível. Contempla o conceito de reduzir custos e, concomitantemente, incrementar o resultado”¹⁷².

171 FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 306-307.

172 RODRIGUES, Bruno L. *Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica. Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias*. 2006. 323 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006. p. 113.

Uma das principais ferramentas da análise econômica do Direito, a eficiência alocativa se utiliza do método inicialmente formulado por Vilfredo Federico Damaso Pareto (1848-1923) e denominado de Ótimo de Pareto. Tal método considera que uma determinada configuração é eficiente se não houver nenhuma outra solução que melhore a situação de uma pessoa sem prejudicar um terceiro. Outro instrumento utilizado de medição de eficiência é o de Kaldor-Hicks, que “parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns”.¹⁷³

Ora, o pressuposto da eficiência, a partir do momento em que essa significa a alocação de recursos para o melhor resultado possível, não nos parece, nesses termos, fugir do senso comum. Todo nós (pelo menos a maioria) esperamos que o Direito auxilie na conquista do bem-estar social com o menor esforço, custo e prejuízo possível. E a análise econômica do Direito pode servir de instrumental para tanto, já que um de seus postulados é a segurança jurídica para os agentes econômicos e consumidores conseguirem contratar e assim negociar sobre bases seguras de previsibilidade acerca das consequências jurídico-sociais de seus atos, guardando, nesse sentido, identidade com as demais tradicionais escolas jurídicas. Além disso, porém, como toda teoria, conta com pressupostos dogmáticos que precisam ser observados com uma postura crítica e contextualizada.

Robert Heron Bork, também jurista expoente da escola antitruste americana associada ao pensamento da Escola de Chicago, argumentava que a função das leis antitruste estaria em trazer maior eficiência econômica, sendo esta traduzida como a “maximi-

173 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Elsevier, 2009. p. 86.

zação da riqueza ou satisfação da necessidade do consumidor”¹⁷⁴. Porém, vale compreender que tal definição parte de uma noção distorcida de consumidor, consoante salienta Robert H. Lande:

Note-se a sutil e ainda crucial mudança de terminologia. Bork usou “riqueza do consumidor” como um termo da arte orwelliana que tem pouca ou nenhuma relação com a riqueza dos verdadeiros consumidores! Seu desejo de maximizar a “riqueza do consumidor” (que ele define como eficiência econômica) não traz consigo nenhuma preocupação com a riqueza extraída dos consumidores e transferida às empresas com poder de mercado como um resultado de preços mais altos derivados do cartel ou outro comportamento proibido. *Bork definiu portanto “consumidores” para incluir monopolistas e cartéis. O antitruste baseado nesta definição de “riqueza do consumidor” não faz qualquer distinção entre consumidores “reais” – os compradores de mercadorias e serviços – e as empresas com poder de mercado que aumentam os preços e portanto extraem riqueza dos compradores. Preços mais altos aos consumidores são bons para Bork contanto que o monopolista ou o cartel produza mais eficiência. De fato, os únicos “consumidores” que realmente se beneficiarão do regime de Bork são os monopolistas e cartéis.*¹⁷⁵ (grifo nosso)

Outrossim, a Análise Econômica do Direito tem importante participação histórica no controle pela Federal Trade Commission (FTC) sobre o mercado norte-americano. Vale dizer que apesar de partilharem alguns aspectos comuns, os principais doutrinadores

174 LANDE, R. H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. *Revista de Direito Econômico*, n. 23, abr./jun. 1996. p. 43.

175 LANDE, R. H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. *Revista de Direito Econômico*, n. 23, abr./jun. 1996. p. 43.

da Escola de Chicago apresentam uma variedade de diferenças de tratamento sobre os diversos temas que envolvem mormente a política antitruste. Assim, cabem os dizeres de William E. Kovacic, em 2005 era commissioner da Federal Trade Commission:

Um [...] problema em explicar a moderna experiência antitruste norte-americana principalmente como uma disputa entre Escola de Chicago/Pós-Escola de Chicago é a sugestão de que cada escola é monolítica e concentrada em um só enfoque. Nenhum corpo de literatura apresenta tal uniformidade de preferências. Na década de 1970, por exemplo, Robert Bork e Richard Posner ofereceram abordagens notavelmente diferentes para lidar com acusações de preço predatório. Bork pediu aos Tribunais e agências que simplesmente ignorassem acusações de preço predatório. Embora às vezes tomado como uma autoridade do pensamento da Escola de Chicago nessa questão, o padrão “sem-regra” de Bork contrasta com a proposta do juiz Posner de que preços abaixo do custo algumas vezes justificam condenação como exclusão indevida. Comparado a outros teóricos da Escola de Chicago, o juiz Posner também espousa uma visão mais ampla sobre quando a prova de precificação interdependente e paralela entre oligopolistas apoiaria a conclusão de que as empresas em questão estariam formado um acordo no sentido da Seção I do Sherman Act.¹⁷⁶ (tradução nossa)

176 “A [...] problem with explaining modern U.S. antitrust experience chiefly as a Chicago School/Post-Chicago School contest is the suggestion that each school is monolithic and single-minded. Neither body of literature features such a uniformity of preferences. In the 1970s, for example, Robert Bork and Richard Posner offered notably different approaches for addressing allegations of predatory pricing. Bork urged courts and enforcement agencies to simply ignore allegations of predatory pricing. Though sometimes taken as a proxy for Chicago School thinking on the issue, Bork’s “no rule” standard contrasts with Judge Posner’s proposal that below-cost pricing sometimes warrants condemnation as improper exclusion. Compared to other Chicago School scholars, Judge Posner also approves a broader view of when proof of parallel, interdependent pricing among

Porém, cabe aqui um parêntese: assim como Posner, Bork também era a favor da competitividade. Dizia, com Bowman Jr., que “queremos competição, por desejarmos que nossa sociedade seja o mais rica possível e por querermos que consumidores individuais determinem por suas ações quais produtos e serviços preferem”¹⁷⁷ (tradução nossa). Para Bork, os postulados da análise econômica do Direito se resumem basicamente em dois, da seguinte maneira:

*O primeiro é a insistência de que o objetivo exclusivo da adjudicação antitruste, a única consideração que o juiz deve ter em mente, é a maximização do bem-estar do consumidor. O juiz não deve pesar contra o bem-estar do consumidor qualquer outro objetivo, como supostos benefícios sociais preservando pequenos negócios contra eficiência superior. Segundo, os adeptos da Escola de Chicago aplicaram análise econômica mais rigorosamente do que era comum naquela época para testar as proposições da lei e para entender o impacto do comportamento dos negócios no bem-estar do consumidor. Estas dificilmente parecem características distintivas o suficiente para definir uma escola, mas naquele tempo em que a escola começou a se formar eram características de forma alguma prevalentes entre juízes antitruste, praticantes, ou teóricos.*¹⁷⁸ (grifo nosso; tradução nossa)

oligopolists would support a finding that the firms in question have formed an agreement within the meaning of Section 1 of the Sherman Act.” KOVACIC, William. **The intellectual DNA of modern U. S. competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double-helix.** *Columbia Business Law Review*, v. 1, n. 1, p. 1-80, 2007. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/public-statements/2007/01/intellectual-dna-modern-us-competition-law-dominant-firm-conduct>>. Acesso em: 5 nov. 2014. p. 10.

177 “we want competition, then, because we want our society to be as rich as possible and because we want individual consumers to determine by their actions what goods and services they want most”. BORK, R.; BOWMAN Jr. W. S. The crisis in antitrust. *Fortune*, dez. 1963, p. 138-201. p. 139.

178 “The first is the insistence that the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximization of consumer welfare. The judge must not

Bork também parte do pressuposto de que as leis antitruste de garantia da eficiência alocativa e da eficiência produtiva são necessárias. Para caracterizar a alocativa, o autor utiliza-se dos termos expostos por Frank H. Knight, como o exercício das forças e materiais de produção disponíveis dentre as várias linhas de indústria. Já a eficiência produtiva é definida como a coordenação efetiva dos meios de produção em cada indústria, em agrupamentos, a fim de produzirem os melhores resultados possíveis¹⁷⁹, sempre visando o bem-estar do consumidor e contanto que estejam instrumentalizados e guiados pela análise econômica. Isso porque, no seu entendimento, se assim não for, a lei age cegamente sobre forças que não compreende e produz resultados não pretendidos.

No que diz respeito a comportamentos não competitivos, o autor concorda com Posner em que não decorrem inevitavelmente da concentração de mercado e que seriam resultado, aí sim, de colusão explícita ou tácita entre as empresas. Vamos tratar da colusão tácita com maiores detalhes em capítulo específico, porém vale dizer brevemente que colusão tácita seria um tipo de cartel sem um acordo explícito ou mesmo comunicação entre as firmas. Bork assume adotar uma postura ainda menos otimista que Posner sobre a possibilidade de se estabelecerem critérios úteis para esse tipo de comportamento num contexto litigioso.

weigh against consumer welfare any other goal, such as the supposed social benefits of preserving small businesses against superior efficiency. *Second*, the Chicagoans applied economic analysis more rigorously than was common at the time to test the *propositions of the law and to understand the impact of business behavior on consumer welfare*. These hardly seem characteristics distinctive enough to define a school, but at the time the school began to form they were characteristics not at all prevalent among antitrust judges, practitioners, or scholars.” (grifo nosso). BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1993. p. XI.

179 BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1993. p. 91.

Richard Posner, como bem salienta o autor, busca métodos de identificação de comportamentos de mercado consistentes o bastante, a fim de aplicar a Seção I do Sherman Act não só à colusão explícita como também à tácita. Tal seção exara o seguinte:

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty
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. (grifo nosso)

Nesse sentido, Bork entende haver uma “incerteza na premissa de que colusão tácita é um fenômeno importante, ou até que é um fenômeno verdadeiro”¹⁸⁰. Em seus termos,

É difícil dizer com certeza que tal precificação colusiva ocorre ou não ocorre, já que, por definição, nós não a temos detectado. A dificuldade de manter pequenos cartéis com base em comunicação detalhada e acordos deveria, contudo, fazer-nos desconfiar de que ação concertada sem colusão explícita é provável de ser comum ou bem-sucedida.¹⁸¹ (tradução nossa)

180 BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1993. p. 175.

181 “It is hard to say with certainty that such collusive pricing does or does not occur, since, by definition, we have not detected it. The difficulty of maintaining small-number cartels based upon detailed communication and agreement should, however, make us dubious that concerted action without explicit collusion is likely

Ademais, Forgioni nos apresenta os postulados da Análise Econômica do Direito (além da segurança jurídica) da seguinte maneira:

(i) Dada a escassez de recursos em face das necessidades humanas, sua alocação mais eficiente gerará o incremento do bem-estar e do fluxo de relações econômicas.

(ii) A alocação mais eficiente, por sua vez, é identificada com o chamado ótimo paretiano, segundo o qual uma sociedade não se encontra em situação ótima se houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outrem. [...]

(iii) A forma de alocação mais eficiente dos recursos é determinada pelo funcionamento do livre mercado, e não pela intervenção estatal.

(iv) Esse funcionamento do mercado pressupõe o maior grau possível de *concorrência* entre os agentes que nele atuam.

(v) A formulação ou a interpretação/aplicação de textos normativos não podem ser influenciadas por considerações desestabilizadoras e não-uniformes, tal como a busca do ideal de *justiça*. O escopo do Direito deve ser *determinável*, sob pena de comprometimento da segurança e da previsibilidade (indispensáveis ao bom funcionamento do mercado). [...]

(vi) O escopo (*determinável e uniforme*) do Direito é a busca da *eficiência alocativa* acima referida, atrelada sempre ao *bem-estar do consumidor*. Consequentemente, o grau de eficiência alocativa é diretamente proporcional ao bom fluxo de relações econômicas (= funcionamento adequado do mercado).

to be at all common or successful". BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1993. p. 175.

(vii) É legítimo que o foco do ordenamento jurídico repouse na *eficiência alocativa* (objetivamente determinável), porque resultante da consideração global das preferências individuais.

No que diz respeito à primeira assertiva da autora, a alocação mais eficiente dos recursos escassos, sem sombra de dúvida, leva ao bem-estar e a um melhor fluxo de relações econômicas. Porém, a afirmação não nos evidencia com a necessária clareza com que propostas essa eficiência se encontra compromissada. Para isso, vale verificarmos os demais aspectos levantados por Forgnoni.

A segunda suposição é igualmente *common sense*, pois consiste na necessidade de otimização das escolhas jurídicas de leis e respectivas políticas públicas com o objetivo de proporcionar o melhor bem-estar para todos.

Já a terceira suposição comporta, a nosso ver, uma das mais debatidas resoluções da Análise Econômica do Direito (AED). O livre mercado como forma mais eficiente de alocação de recursos, inclusive na perspectiva de promoção do bem-estar, é pressuposto advindo inicialmente do liberalismo. Ademais, Richard Posner, ciente dessa aproximação, publicou o artigo “Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law”, no qual debate a relação entre Hans Kelsen, positivista, Friedrich Hayek, liberal, e a Análise Econômica do Direito. Ao comparar suas bases teóricas com o liberalismo hayekiano, Posner chega à seguinte conclusão, após traçar comparações que dizem respeito a inúmeros campos diferentes, desde as funções legislativa e jurisdicional do Estado até a famosa concepção de Hayek da “spontaneous order”:

Hayek está certo ao afirmar que a lei deve muito ao costume e que este é um guia confiável para eficientes métodos de cooperação. Mas é muito estreita a ideia [...] de que a única coisa que um juiz deveria fazer seria aplicar o costume desconsiderando suas consequências, por ser ele a

única lei legítima, de modo que um julgamento legal não fundado no costume não seria lei verdadeira. Em qualquer caso, essa concepção extingue o papel explícito da análise econômica na adjudicação.¹⁸² (tradução nossa)

Ou seja, numa perspectiva favorecedora da “common law”, Hayek, ao construir a ideia de que o juiz somente deve responder aos anseios advindos do costume, acabaria por minar o pressuposto da AED de servir como recurso decisório, porque retiraria a questão do âmbito da racionalidade da eficiência alocativa em prol do consuetudinário. Além do mais, sua noção de “spontaneous order” do mercado como algo naturalmente formado milhares de anos atrás, não tendo sido inventado e cuja operação não envolve um planejamento central¹⁸³ se assemelha muito, na visão de Posner, à noção de uma forma de direito natural. Esta, para a Análise Econômica do Direito, não tem validade, pois daí não seria possível abstrair um conteúdo fixo¹⁸⁴, o que minaria a previsibilidade e a segurança jurídica.

O liberalismo de Hayek e a AED certamente concordam, porém, acerca do quarto postulado de Forgioni, segundo o qual o mercado, para desenvolver eficiência, necessita do maior grau possível de con-

182 “Hayek is right that law owes much to custom and that custom is a reliable guide to efficient methods of cooperation. But the idea [...] that the only thing a judge should do is enforce custom without any consideration of its consequences, because custom is the only legitimate law and so a legal judgment not founded on it is not true law, is too narrow. In any event it extinguishes any explicit role for economic analysis in adjudication.” POSNER, Richard. **Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law**. Set. 2001. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014. p. 37.

183 POSNER, Richard. **Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law**. Set. 2001. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2014. p. 31.

184 POSNER, Richard. *Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law*. Set. 2001. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014. p. 39.

corrência. Nesse quesito, importa salientar que a intervenção estatal é preservada por ambas as teorias. A Análise Econômica do Direito não defende algo como um sistema anárquico regulado pelo mercado sem Estado, mas apenas considera que este teria suas funções limitadas a suprir certas necessidades e resolver algumas “falhas de mercado” que impedissem uma maior eficiência alocativa – entre essas falhas¹⁸⁵ se encontra o poder econômico restrito a alguns poucos agentes, o que não ocorreria numa economia de concorrência perfeita.

Por partir desse pressuposto é que pensamos ser útil e frutífera a utilização – com certas ressalvas – da Análise Econômica do Direito para a interpretação e aplicação do Direito Econômico Concorrencial.

Continuando, o quinto, o sexto e o sétimo postulados da AED, conforme dispostos por Forgioni, aparentam ser estritamente complementares e passíveis de crítica. Primeiro, porque o ideal de justiça não precisa ser tão indeterminável como se pode pensar. Ao fundá-lo nos pressupostos da dignidade humana, consoante o princípio da proporcionalidade e trilhando a hermenêutica de acordo com os preceitos da Constituição, percebe-se que a justiça pode ser definida de forma tão abstrata e arbitrária quanto o so-

185 Vale salientar, nas palavras de Forgioni, as demais falhas de mercado além da concentração do poder econômico em poucos agentes: “Essas falhas são, em breve síntese, as seguintes: (i) *Assimetria de informações* – para que o mercado possa promover o fluxo de relações econômicas de maneira eficiente, é necessário que as partes, ao se vincularem, tenham acesso às *informações necessárias à tomada de decisão*, sob pena de desestímulo às contratações, por aumento dos custos a elas relacionados. [...] (iii) *Externalidades* – por vezes, terceiros são afetados pelas consequências de relação jurídico-econômica na qual não são partes. As externalidades podem ser tanto positivas quanto negativas. Por exemplo, a destruição do meio ambiente derivada do processo de industrialização deve ser entendida como uma *externalidade negativa*, e o conhecimento gerado com o investimento em pesquisas como uma *externalidade positiva*. (iv) *Bens públicos* – há certos bens que, por sua natureza, não podem ser subtraídos do uso de terceiros. O exemplo clássico, dado por Coase, é o de uma companhia de navegação que constrói um farol. Seus concorrentes poderão, sem qualquer custo, valer-se do investimento.” In: FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul.-set. 2005. p. 246.

pesamento perquirido pela AED entre eficiência alocativa e produtiva. Nesse quesito, vale uma crítica ao postulado apresentado por Forgioni, pois entendemos que o fator de diferenciação entre a Escola de Chicago e especialmente a de Harvard é justamente o fato de que esta considerava de importância primordial a eficiência alocativa, ou seja, a busca pela concorrência perfeita, enquanto aquela buscava o equilíbrio entre as eficiências alocativa e produtiva, ou seja, entre a concorrência perfeita e o desenvolvimento estrutural das empresas individualmente consideradas.

Outrossim, a Análise Econômica do Direito surgiu nos Estados Unidos, país de reconhecida importância na difusão do Direito como interventor sobre a economia com o propósito de trazer modificações estruturais ao direito de propriedade e mais especificamente ao controle da concorrência. Como bem salienta Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Essa possibilidade transformadora do direito começa a ser observada no final do século XIX, nos Estados Unidos, com o aparecimento de instituições e leis com pretensões de intervir sobre a atividade econômica. Em 1887, surge a Interstate Commerce Commission, considerada a primeira agência reguladora e, em 1890, o Sherman Act vem coibir práticas empresariais que pudessem ser consideradas restritivas do comércio interestadual nos EUA. São, assim, os momentos iniciais da história de intervenção do Estado sobre a economia e sobre a liberdade empresarial dos indivíduos, que o século XX verá se transformar na regra geral, uma realidade inexorável.¹⁸⁶

186 SAMPAIO, Patrícia Regina P. *Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37-38.

Devemos enfatizar que a doutrina de Chicago exerce, mormente desde a década de 1970, forte influência na política, na doutrina e na jurisprudência antitrustes norte-americanas.

Em final de 1967, Phil C. Neal, então reitor da Escola de Direito da Universidade de Chicago, foi nomeado presidente da White House Task Force, instituição governamental criada para identificar as áreas mais importantes em que a política antitruste poderia ser reforçada por novas medidas legislativas ou administrativas, criando, por fim, o denominado Neal Report, lançado em 1969¹⁸⁷. Como salienta Albert Foer:

O Neal Report é mais famoso por endossar legislação para romper oligopólios ou altas concentrações de mercado, focando em estrutura de mercado em vez de comportamento anticompetitivo ou bem-estar do consumidor. O proposto Concentrated Industries Act teria estabelecido critério e procedimentos para a efetiva redução da concentração industrial.¹⁸⁸

No intuito de estabelecer uma política de redução da concentração de mercado e, portanto, de aumento da concorrência, o Neal Report lança os seguintes argumentos:

187 FOER, Albert. **Putting the Antitrust Modernization Commission into perspective**. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/files/292e.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2014. p. 1039.

188 “The Neal Report is most famous for endorsing legislation to break up oligopolies or high market concentrations, focusing on market structure rather than anticompetitive behavior or consumer welfare. The proposed “Concentrated Industries Act” would have established criteria and procedures for the effective reduction of industrial concentration”. FOER, Albert. **Putting the Antitrust Modernization Commission into perspective**. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/files/292e.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2014. p. 1040.

Desde que o Sherman Act foi adotado, tem aumentado a adesão à ideia de que monopólio é uma questão de grau. Uma empresa com menos de 100% de produção de uma indústria pode ainda assim ter controle significativo sobre o fornecimento, de modo a conseguir impor à economia as perdas associadas com monopólio: baixa produção, altos preços, restrições artificiais no movimento de recursos na economia e reduzida pressão para redução de custos e inovação. Igualmente, um pequeno número de empresas dominando uma indústria pode adotar instrumento similar, ou porque o pequeno número torna mais fácil atingir e policiar um acordo ou porque, sem acordo, cada uma adotará padrões de comportamento reconhecendo o interesse comum.¹⁸⁹ (tradução nossa)

Diversos enunciados do relatório foram influenciado por Kay-sen e Turner, precursores da então renomada Escola de Harvard. Uma das propostas consistia em tomar medidas para reduzir a concentração de mercado quando “quatro ou menos empresas tivessem quota agregada de mercado de pelo menos 70% durante no mínimo sete dos dez e quatro dos cinco anos-base mais recentes”¹⁹⁰.

189 “In the years since the *Sherman Act* was adopted there has been growing recognition that monopoly is a matter of degree. A firm with less than 100% of the output of an industry may nevertheless have significant control over supply, and thus be in a position to impose on the economy the losses associated with monopoly: lower output, higher prices, artificial restraints on the movement of resources in the economy, and reduced pressure toward cost reduction and innovation. Likewise, a small number of firms dominating an industry may take a similar toll, either because the small number makes it easier to arrive at and police an agreement or because, without agreement, each will adopt patterns of behavior recognizing the common interest.”

NEAL, Phil C. **The Neal Report. Report of the White House Task Force on antitrust policy.** jul. 1968. p. 6.

190 “[...] any four or fewer firms had an aggregate market share of 70% or more during at least seven of the ten and four of the most recent five base years”. BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself.** Nova York: The Free Press, 1993. p. 176.

Porém, apesar do grande impacto causado em debates no Poder Público, a proposta não teve sucesso na geração de iniciativas legislativas. Outra comissão liderada por um grupo também da Universidade de Chicago, comandada por George Stigler com o apoio de Robert Bork, denunciou a viabilidade de ataque aos conglomerados econômicos usando as leis antitruste então existentes.

Bork, expoente da Escola de Chicago, em crítica a propostas como esta de impedir oligopólios, aponta a grande fragilidade da colusão tácita (paralelismo consciente) se comparada à colusão explícita. Afinal, as firmas teriam que se basear num vago conjunto de compreensões mútuas sobre o mercado, alcançando, sem a comunicação expressa, certa estabilidade que reduza as variáveis e incertezas que cada uma deve levar em consideração.

A dificuldade em obter segurança e previsibilidade em comportamentos tacitamente colusivos seria um dos pontos relevantes para se desconsiderar o tratamento do oligopólio como prejudicial ao bem-estar dos consumidores. Isso porque o cartel – sendo colusão explícita e, portanto, mais facilmente identificável – seria fortemente combatido com métodos estratégicos muitas vezes eficazes, enquanto a existência da colusão tácita seria de difícil execução. Entretanto, utilizando-se dos termos de Robert Dorfman, Bork argumenta que “as empresas concorrentes tendem, em geral, a estabelecer algum tipo de *modus vivendi* entre si; essa é a única alternativa para um estado intolerável de uma perpétua diplomacia temerária. *A cada empresa é concedida sua tradicional quota do mercado*”¹⁹¹ (grifo do autor; tradução nossa).

191 “[...] a quite general tendency is for some kind of *modus vivendi* among the competing firms to be established; it is the only alternative to an intolerable state of perpetual brinkmanship. *Each firm is conceded its traditional share of the market.*” BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1993. p. 185.

A cultura econômica norte-americana é eminentemente privatista, inclusive em setores mais caros à população como o ensino superior e a saúde. Nesse sentido, Timothy J. Muris, quando era *chairman* da Federal Trade Commission (FTC), salientou durante a Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy de 2003, realizada em Nova York, o pensamento da instituição sobre a defesa da concorrência:

Ao criarmos um sistema no qual a fixação de preços configura crime punível com prisão quando realizada pela iniciativa privada, mas constitui uma prática legal quando se manifesta como regulação do governo, não resolvemos completamente o problema competitivo; simplesmente ditamos a forma que ele adotará.¹⁹² (tradução nossa)

Além disso, a FTC adota claramente uma postura em prol da maximização do bem-estar dos consumidores através de uma análise estritamente focada na competitividade, desconsiderando outros fatores associados, como empregabilidade no curto prazo. Nesse sentido, já salientou a atual *chairwoman* Edith Ramirez em uma conferência em maio de 2014:

Outra característica fundamental que, como temos aprendido, conduz à aplicação de uma concorrência saudável é o foco somente em fatores concorrenciais, e não em outras políticas

192 "If you create a system in which private price fixing results in a jail sentence, but accomplishing the same objective through government regulation is always legal, you have not completely addressed the competitive problem. You have simply dictated the form that it will take". MURIS, Timothy J. State intervention/State action – a U.S. perspective. In: FORDHAM ANNUAL CONFERENCE ON INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, out. 2003, Nova York. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/state-intervention/state-action-u.s.perspective/fordham031024.pdf>. Acesso em: 19 ago.2014. p. 2.

econômicas e sociais. [...] Nos Estados Unidos, análises concorrenciais focam exclusivamente em prevenir ou remediar práticas anticompetitivas. A experiência tem nos ensinado que consumidores e desenvolvimento econômico são mais bem-servidos quando a lei e as políticas concorrenciais focam na análise de efeitos competitivos e no bem-estar do consumidor. Além disso, temos visto que uma concorrência robusta produz benefícios substanciais para consumidores e sociedade como um todo ao promover crescimento, estimular inovação e facilitar a alocação eficiente de recursos. Ademais, o uso de fatores não competitivos na análise concorrencial levanta um conjunto de outras preocupações. Primeiro, ao conduzir uma análise de efeitos competitivos, a agência concorrencial em última análise pesa os ganhos pró-competitivos e os danos anticompetitivos para determinar se, no cômputo geral, a conduta é anticoncorrencial. Introduzir fatores de interesse público complica significativamente essa análise, pois requer que as agências sopesem vários fatores de diferentes mercados e contrastem as preocupações de eficiência com as de equidade. [...] Segundo, questões de interesse público tipicamente envolvem questões de equidade que podem debilitar considerações relativas ao bem-estar do consumidor. *Por exemplo, a aprovação de concentração condicionada a que a entidade concentrada mantenha níveis específicos de empregabilidade ou adquira o local pode aumentar os custos da empresa resultante do ato de concentração. Embora isso possa proteger trabalhos e produtores locais a curto prazo, muitas vezes tem um custo em termos de preços mais elevados para os consumidores e uma economia menos eficiente a longo prazo.* [...] Misturar objetivos políticos e sociais na análise de concorrência pode minar a clareza e previsibilidade da lei concorrencial e sua aplicação, dissuadindo provavelmente os investidores.¹⁹³ (grifo nosso; tradução nossa)

193 "Another core feature that we have learned leads to sound competition enforcement is a focus on competition factors alone, rather than on consideration of other

Esse posicionamento recente da agência norte-americana caminha em total consonância com os pressupostos e fundamentos da Escola de Chicago, pois a linha teórica seguida na análise da concorrência se concentra em evitar a todo custo oligopólios e monopólios contrabalançando a chamada eficiência alocativa com a eficiência produtiva (ganhos de produção em escala). Porém a Escola de Chicago, em princípio, considera fora do alcance das agências antitruste avaliar também, proporcionalmente, a equidade e as perdas a curto prazo.

Para servirem de objeto e parâmetro de avaliação dos atos de concentração, esses critérios exigiriam um enfoque mais dis-

economic and social policies. [...] In the United States, competition analysis focuses exclusively on preventing or remedying anticompetitive practices. Experience has taught us that consumers and economic development are best served when competition law and policy focus on an analysis of competitive effects and consumer welfare. Moreover, we have seen that robust competition produces substantial benefits for consumers and society as a whole by promoting growth, spurring innovation, and facilitating the efficient allocation of resources. In addition, the use of non-competition factors in competition analysis raises a host of other concerns. First, in conducting a competitive effects analysis, a competition agency ultimately weighs the procompetitive gains and the anticompetitive harms to determine whether, on balance, the conduct is anticompetitive. Introducing public interest factors significantly complicates this analysis by requiring agencies to balance numerous factors across different markets and to balance efficiency concerns against equity concerns. [...] Second, public interest issues typically involve equity concerns that may undermine consumer welfare considerations. *For example, merger approval conditioned on the merged entity maintaining specified employment levels or requiring local procurement may raise the merged firm's costs. While this may protect domestic jobs and producers for the short term, it often comes at a cost in terms of higher prices for consumers and a less efficient economy over the long run.* [...] Mixing social and political objectives within competition analysis may undermine the clarity and predictability of competition law and its enforcement, which is likely to deter investment.” (grifo nosso) RAMIREZ, Edith. Core competition agency principles: lessons learned at the FTC. **ANTITRUST IN ASIA CONFERENCE** ABA SECTION OF ANTITRUST LAW AND EXPERT ADVISORY COMMITTEE OF THE ANTI-MONOPOLY COMMISSION OF THE STATE COUNCIL. mai 2014, Pequim, China. Disponível em: <http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/314151/140522abachinakeynote.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2014. p. 6-8.

tante da tecnicidade econômica e mais próximo da hermenêutica jurídica sobre o conceito de justiça. Desse modo, eles estariam diretamente relacionados com o *telos* da ordem econômica pátria e condicionariam um raciocínio que buscasse construir valores, por mais abstratos que pudessem ser considerados como norma geral – e, justamente, abstrata –, ganhando cada vez mais corpo e sentido estrito quando adquirissem a forma das normas concretas prolatadas pelo CADE, entidade judicante, e pelo judiciário.

É claro que há divergências entre os próprios órgãos julgadores, e estamos cientes de que a abstração dos conceitos normativos é um dos aspectos promotores de diferenciação entre as decisões. Porém não é substituindo tais conceitos pela noção de eficiências que devemos resolver o relativo indeterminismo inerente ao sistema judiciário. Tal noção-base da AED contradiz os ditames constitucionais ao excluir do Direito seu potencial de traduzir os valores socialmente compartilhados imediatamente em decisões coativas.

O Poder Legislativo, por sua vez, não pode escapar das determinações constitucionais de justiça social e solidariedade. Além do mais, vale sempre lembrar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, consoante § 1º do artigo 5º da Constituição.

Por isso, nenhum dos Poderes está autorizado pela Carta Magna a adiar o compromisso de, *e. g.*, erradicar a pobreza, transformando esse objetivo em meta de longo prazo ao condicioná-lo à finalidade da eficiência econômica.

Em outras palavras, para a Análise Econômica do Direito, um ordenamento jurídico que busque o equilíbrio perfeito mediato entre oferta e demanda do mercado se justificaria por sua finalidade mesmo incorrendo em prejuízos sociais concretos e imediatos por conta do desequilíbrio e das instabilidades iniciais. Um dos exemplos salientados por Paula Forgioni diz respeito à hipotética possibilidade de venda de órgãos:

[...] há mais pessoas que necessitam de órgãos do que doadores. Se o sistema jurídico autorizasse a compra e venda de órgãos de pessoas mortas, é bem possível que, em um primeiro momento, os mais “eficientes” (= mais ricos, espertos, perspicazes) sobrevivessem, porque teriam dinheiro para comprar órgãos, ao contrário dos mais pobres. Mas, com o passar do tempo, haveria encontro entre demanda e oferta. Em vez de contratar seguro com efeito *post mortem* (que exige o dispêndio de dinheiro em vida), bastaria ao (futuro) morto vender seus órgãos. Dessa forma, o problema de escassez provavelmente seria eliminado, e o preço dos órgãos tenderia a diminuir.¹⁹⁴

Não descartamos a hipótese da Análise Econômica do Direito de que a eficiência econômica pode trazer bem-estar. Porém tal premissa deve ser cuidadosamente analisada, caso a caso, pelo mesmo motivo que já se encontra ultrapassada a noção liberal de “primeiro fazer o bolo crescer para depois reparti-lo”: não devemos, inclusive se quisermos obedecer aos enunciados constitucionais, conceder-nos o direito de promover injustiças sociais, mesmo que seja a curto e/ou médio prazo, em prol de qualquer suposto compromisso jurídico futuro. A Constituição exige comprometimento imediato com a dignidade humana para todos. Assim, salientamos os dizeres de Luis Fernando Barzotto:

Toda dificuldade começa em considerar o ser humano diante de si como pessoa, pois isso traz consequências normativas. Como ser em si, o ser humano é um todo, e não uma parte de

194 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul.-set. 2005. p. 249, 250.

um grupo, nação, ou Estado: isto é, não pode ser sacrificado em nome do todo ou da maioria, como no utilitarismo.¹⁹⁵

Dessa forma, consideramos que o Estado brasileiro, consoante o ordenamento jurídico instaurado pela nossa Carta de 1988, deve estar adaptado à teoria do jus-humanismo normativo, conforme salientado no capítulo segundo do presente trabalho, assegurando a implementação de políticas e aplicação das normas sob os auspícios de um Estado de Intervenção Necessária. Ou seja, um Estado que intervém para salvaguardar a dignidade humana, objetivo maior da ordem econômica nacional, preservando, na forma de adensamento, os princípios, ditames e fundamentos exarados pelo art. 170 da Constituição, dentro de uma hermenêutica que considere o sistema jurídico em sua integralidade.

5.3. A mera possibilidade da colusão tácita enquanto infração da ordem econômica

O estudo e análise da colusão tácita se dá mormente pelo modelo do superjogo. Este modelo leva em consideração a repetição infinita de um jogo de um período. Com essa repetição, é possível verificar a dinâmica do jogo enquanto inserida num lapso de tempo determinado no mercado em questão. Facilita, assim, a consideração de possíveis falhas de mercado relativas à coordenação de ações dos agentes econômicos.

O oligopólio é requisito essencial para a constituição de colusões. E isso principalmente porque é mais fácil para as empresas observarem tanto os comportamentos dos concorrentes e controlarem seus próximos passos como também a deserção da empresa em cooperação no conluio. Vale, desta forma, exemplificarmos como se dá a colusão tácita.

195 BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

Suponhamos duas empresas ofertantes de determinado produto homogêneo com suficiente poder de mercado para constituírem um mercado oligopolista. Cada empresa define o preço igual do produto, qual seja, um preço de monopólio. Porém, uma das empresas resolve reduzir seu preço para um valor equivalente a um mercado competitivo, tendo em vista haver encontrado motivo para desertar, sendo especialmente o ganho em curto prazo, pois haverá um aumento na sua demanda. Só que, após esse fato, a outra empresa reduz também o preço para o mesmo patamar de concorrência. Ambas acabam, afinal, por reduzir seu lucro a médio e longo prazo. Percebendo isso, antes de desertar, ou até após com a expectativa que a outra empresa a siga, nenhuma das duas reduzirá o preço para qualquer valor abaixo do preço de monopólio, ou quando uma aumentar, a outra seguirá e subirá também o preço.

Dessa forma, conforme o exemplo acima, o preço de equilíbrio para os ofertantes será o preço de monopólio, e este foi definido não através de um acordo explícito entre as empresas, mas sim mediante a simples observância do contexto de mercado e, de forma inerente e fundamental, do comportamento do(s) outro(s) agente(s).

Vale observar que, na presente análise do oligopólio, optamos por detalhar especificamente a colusão tácita tendo em vista concordarmos com Louis Kaplow quando expressa, evidenciando o paradigma do oligopólio, que “o problema do oligopólio que está no centro da questão do acordo horizontal é possivelmente bastante significativa residualmente: casos em que as empresas podem de qualquer forma serem capazes de cobrar preços coordenados supracompetitivos apesar de sua incapacidade de julgar tais acordos como cartel no tribunal”¹⁹⁶.

196 “The oligopoly problem that is at the center of the horizontal agreement question is the possibly quite significant residual: cases in which firms may nevertheless be able to charge coordinated supracompetitive prices despite their inability to enforce cartel agreements in court”. KAPLOW, Louis. **Competition policy and price fixing**. Princeton, Princeton University Press, 2013. E-book.

Assim, as empresas podem se comunicar pelos meros instrumentos normais de atuação no mercado, como a realização pública de contratos, aumento ou diminuição de preços, oferta maior ou menor de determinado produto, movimentos estes em princípio inofensivos mas que podem, mormente num ambiente oligopolista, servir de base para os atos das demais empresas. Sendo assim, a fim de evitarem uma guerra de preços – natural em um ambiente competitivo –, promovem ações coordenadas em prol de um mercado menos concorrencial e mais “cooperativo”, especialmente entre as empresas líderes. Esta estrutura de mercado é prejudicial aos consumidores e à toda coletividade, pois reduz a eficiência alocativa, já que as empresas são capazes de conduzir os preços em níveis superiores e a qualidade a um patamar inferior àquele de um mercado competitivo.

O artigo 36 da Lei 12.529/11 trata das infrações à ordem econômica e dispõe da seguinte maneira:

Art. 36. 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; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. (grifo nosso)

Ou seja, a simples possibilidade de produzir os efeitos expostos nos seus incisos já constitui infração à ordem econômica, não precisando necessariamente tê-los como um objetivo. Tais efeitos são, por definição, fruto direto, dentre outros comportamentos lesivos, da cartelização e da colusão tácita, sendo estas condutas anticompetitivas que podem levar a dificultar a entrada de novos competidores no mercado, além de possibilitar o controle, por determinadas empresas, da flutuação dos preços e, desse modo, impedir o fluxo do livre mercado. Assim, estamos de acordo com Robert Axelrod quando afirma:

Às vezes, a questão é retardar em vez de promover cooperação. Um exemplo é a prevenção de práticas colusivas de negócios evitando-se as condições que promoveriam cooperação. Infelizmente, a própria facilidade com que a cooperação pode evoluir, mesmo entre egoístas, sugere que a prevenção da colusão não é uma tarefa fácil. Cooperação certamente não requer acordos formais ou negociações cara a cara. O fato de que cooperações baseadas na reciprocidade podem emergir e provar estabilidade sugere que atividades antitruste deveriam prestar mais atenção em prevenir as condições que nutrem a colusão do que em procurar por reuniões secretas entre executivos de empresas concorrentes.¹⁹⁷ (tradução nossa)

O oligopólio tem de ser impedido, preventiva e repressivamente, por ser uma das condições essenciais para a existência de ações colu-

197 "Sometimes the problem is one of retarding rather than promoting cooperation. An example is the prevention of collusive business practices by avoiding the very conditions which would promote cooperation. Unfortunately, the very ease which cooperation can evolve even among egoists suggests that the prevention of collusion is not an easy task. Cooperation certainly does not require formal agreements or even face-to-face negotiations. The fact that cooperation based upon reciprocity can emerge and prove stable suggests that antitrust activities should pay more attention to preventing the conditions that foster collusion than to searching for secret meetings among executives of competing firms." AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books, 2006. p. 180.

sivas – mormente, neste capítulo, as ações colusivas tácitas – podendo ser analisadas como equilíbrio intencional supracompetitivo. Colusão tácita, por sua vez, é definida da seguinte forma pela OCDE:

Colusão não envolve necessariamente um acordo explícito ou comunicação entre empresas. Em indústrias oligopolistas, empresas tendem a ser interdependentes em suas decisões de precificação e produção, de modo que as ações de cada uma impactam nas demais e resultam em uma resposta contrária por parte delas. Nessas circunstâncias, empresas oligopolistas podem levar as ações dos seus rivais em consideração e coordenar suas ações como se eles fossem um cartel sem um acordo explícito ou manifesto. Tal comportamento coordenado é frequentemente referido como *colusão tácita* ou **paralelismo consciente**.¹⁹⁸ (grifo do original; tradução nossa)

Já o CADE engloba tanto os acordos explícitos como tácitos sob a denominação de cartel, consoante disposto em sua Resolução 20/1999:

Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa

198 “Collusion does not necessarily have to involve an explicit agreement or communication between firms. In oligopolistic industries, firms tend to be interdependent in their pricing and output decisions so that the actions of each firm impact on and result in a counter response by the other firm(s). In such circumstances, oligopolistic firms may take their rivals’ actions into account and coordinate their actions as if they were a cartel without an explicit or overt agreement. Such coordinated behaviour is often referred to as *tacit collusion* or **conscious parallelism**.” OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Glossary of industrial organization economics and competition law**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014. p. 21.

de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

Para Bruno Drago, porém,

Ao contrário do que se pode verificar em cartéis, donde se evidenciam acordos formais ou informais, o comportamento colusivo pressupõe, simplesmente, uma atitude econômico-racional de empresas em busca do objetivo maior inerente à moderna organização industrial capitalista: o lucro. [...] Dessa forma, em estruturas oligopolistas, empresas consideram as práticas empresariais de seus concorrentes, especialmente no que tange preço e produção, para fixação de sua própria política empresarial. Assim, empresas reconhecem, baseadas em estudos empíricos, sua estratégia dominante, ou em outras palavras, a melhor estratégia de preços ou produção em vista da estratégia de seus competidores.¹⁹⁹

Keith N. Hylton prefere utilizar a denominação “paralelismo consciente”, conforme suas palavras:

Paralelismo consciente é um comportamento paralelo que aparece tipicamente em mercados com pequeno número de vendedores. Não é o resultado de um acordo explícito. Ocorre porque, num mercado com poucos vendedores, empresas levam em consideração a reação dos concorrentes quando de-

¹⁹⁹ DRAGO, B. Proteção à concorrência: Cade deve ficar atento para o efeito dos oligopólios. *Conjur.* 21 out. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-out-21/cade_ficar_atento_efeitos_oligopolios#author>. Acesso em: 5 nov. 2014.

cidem quanto produzir e qual preço definir. Embora seja difícil encontrar uma definição precisa, o termo paralelismo consciente se refere a uma forma de colusão tácita na qual cada empresa num oligopólio percebe que é do interesse de todo o grupo de empresas manter um preço alto ou evitar uma competição vigorosa de preços, e as firmas agem de acordo com essa realização.²⁰⁰ (tradução nossa; grifo do autor)

Cabe salientar que não estamos adotando uma relação causal direta entre o oligopólio e a colusão, mas justamente por aquele ser uma condição *sine qua non* para esta é que deve ser desfeito. Assim, um ato econômico, tal como uma fusão ou aquisição, poderá não ser por si só um ato ilícito, mas, se condicionado em determinado contexto econômico, pode levar a alguns dos efeitos dispostos no artigo 36 da Lei 12.529/11. Nesse sentido, já salientou Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Toda conduta colusiva aponta para um jogo conjunto na relação entre concorrentes. Mas nem toda colusão é cartel. Desde Coase aceita-se que as relações na linha vertical entre produtor e distribuidor acarretam custos enormes: custos de transação. Por isso, a tendência é a sua eliminação ou diminuição, fazendo acordos. No plano horizontal, pode haver acordo sobre preços, quantidades a ser produzidas ou repartição de mercados que visem a

200 “*Conscious parallelism* is parallel behavior that typically appears in markets with small numbers of sellers. It is not the result of an explicit agreement. It occurs because in markets with few sellers, firms take the reactions of competitors into account when deciding how much to produce or what price to set. Although it is hard to find a precise definition of it, the term conscious parallelism refers to a form of tacit collusion in which each firm in an oligopoly realizes that it is within the interests of the entire group of firms to maintain a high price or to avoid vigorous price competition, and the firms act in accordance with this realization.” HYLTON, Keith N. *Antitrust law: economic theory and common law evolution*. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 73.

fins considerados legítimos: por exemplo, a proteção contra crises conjunturais e dentro dos limites estritamente necessários a esse objetivo, isto é, à sobrevivência e não à dominação do mercado. Ou acordos que visem a evitar a dispersão de preços (existência de vendas muito dispersas e realizadas em regiões distantes e isoladas). Com isso, muitas vezes os preços são excessivos, ou a oferta é superdimensionada. Para benefício do consumidor aconselha-se, até, uma indicação (acordada) de preços (sugeridos), o que permite uma melhor visualização da demanda. Outras vezes admite-se acordo para evitar situações de grande desigualdade entre concorrentes, o que viabiliza a concorrência (acordo do tipo volume total).²⁰¹

As colusões tácitas se valem do denominado “paralelismo consciente” para atingir seus objetivos. Esse paralelismo diz respeito à ação dos agentes de não “comprarem a briga” da competição de mercado. Ao contrário, “aumentam de forma ‘natural’ os preços praticados, sem que qualquer pacto [pelo menos formal] entre eles seja estabelecido”²⁰². Assim,

A título exemplificativo, tomemos um setor com elevadas barreiras à entrada de novas empresas, no qual a clientela é disputada por três agentes econômicos de porte semelhante. Não é de se espantar que a empresa A presuma que, se rebaixar seus preços, B e C, quase que imediatamente, seguirão pela mesma estrada. Assim, as três podem não ver vantagem alguma em diminuir o preço da

201 FERRAZ JUNIOR, Tercio S. Indício e prova de cartel. 2 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/116>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

202 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 367.

venda, o que as conduziria a uma “guerra de preços” que tende a não ter vencedores.²⁰³

Para autores como Paula A. Forgioni, porém, o paralelismo consciente é fenômeno natural de conduta de mercado, principalmente se este for oligopolizado:

[...] a mera coincidência de comportamentos não configuraria prova suficiente para a condenação de agentes econômicos pela prática de cartel, porque essa identidade pode decorrer de fenômeno “natural” denominado “paralelismo consciente” de conduta; é indispensável a prova de que os agentes econômicos não agiram de forma espontânea ao traçar suas estratégias de mercado.²⁰⁴

Para nós, entretanto, tal paralelismo pode ser considerado um fenômeno natural, sim, embora decorra de certas condições específicas do mercado, como a existência de oligopólio – fator mais relevante, a nosso ver. Por isso, fica a dúvida sobre o que Forgioni quer dizer, exatamente, com esse agir “de forma espontânea”.

A natureza do paralelismo não pode ser uma coincidência, mas deve ser consciente, intencional. Outrossim, o CADE, através da então conselheira Lucia Helena Salgado e Silva, relatora do processo 08000.020787/1996-62, já se posicionou dizendo que “a mera existência de paralelismo de ações entre concorrentes [...] não é suficiente para comprovar a prática concertada”²⁰⁵.

203 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 367.

204 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 367.

205 CADE, Processo Administrativo n. 08000.020787/1996-62, voto da relatora Lucia Helena Salgado e Silva.

Quanto à dificuldade em se condenar empresas, principalmente no que diz respeito à identificação da prática colusiva tácita, já salientou Elizabeth Farina:

[Jean] Tirole argumenta que, do ponto de vista teórico, é possível prescrever políticas para a intervenção governamental para cada situação de comportamento não-competitivo. As autoridades responsáveis pelo fortalecimento da concorrência sabem perfeitamente que as coisas não são assim tão simples. Elas enfrentam muitas dificuldades para determinar se um comportamento é efetivamente anti-competitivo. De fato, eles têm menos informação do que as firmas sobre as funções demanda, as estruturas de custo, as quantidades acumuladas de capital, e assim por diante. [...]. Ainda assim, o governo enfrenta um dilema. Certamente não pode condenar uma firma por aumentar a demanda por seu produto fornecendo informação aos consumidores, por reduzir seus próprios custos investindo em P&D e em capital físico, ou por acumular experiência.²⁰⁶

O paralelismo deve, portanto, ser consciente, mas, além disso, a grande problemática que pretendemos salientar neste trabalho é que, conforme já dito anteriormente, a condição que nos parece *sine qua non* para a existência da colusão tácita é o mercado oligopolizado. Nesse ambiente, é muito difícil as empresas não tenderem a tal comportamento. Por isso, a existência do oligopólio é algo que deve ser combatido mediante políticas públicas, principalmente preventivas, através do CADE.

O oligopólio (na interdependência intrínseca entre as empresas), condicionado à “efetiva existência de poder no mercado ou de ame-

206 FARINA, E. M. M. Q. Teoria econômica, oligopólios e política antitruste. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 6, abr.-jun., 2005. p. 52.

aça de dominação pela estrutura criada²⁰⁷, é requisito básico para a colusão tácita. Assim, valem as palavras de Calixto Salomão Filho:

A razão pela qual os oligopólios são o berço do raciocínio sobre comportamento paralelo intencional é bastante óbvia. Ali está a condição estrutural fundamental para que se verifique o comportamento paralelo. A interdependência entre os agentes. É ela, e não a própria existência do oligopólio, o primeiro requisito estrutural para configurar em cada conduta específica a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais.²⁰⁸

Salomão Filho, porém, chega a afirmar que a presunção da existência de cartel é possibilitada pela presença de dois fatores: conduta habitual de movimentos idênticos, acompanhada de condições estruturais para dominação. Mas não vamos tão longe assim.

“Conduta habitual de movimentos idênticos” pode ser constatada em situações de grande instabilidade econômica do país, ou até em períodos de crise, nos quais as empresas tenderiam a se condicionar igualmente aos movimentos instáveis do mercado, adotando certa similaridade no comportamento dos preços ou até da oferta dos produtos. Ademais, essa conduta habitual teria que ser analisada caso a caso, pois sua determinação dependeria do lapso temporal selecionado para análise, o que também dependeria das condições singulares do país e de cada mercado, consoante a diversificação dos produtos, a flutuação da demanda e outros aspectos especificamente.

Forgioni, por sua vez, como argumento em prol da “naturalidade” do comportamento de paralelismo consciente, diz que “não

207 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 279.

208 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 279.

é possível a condenação dos agentes econômicos por terem agido de forma racional, respondendo a estímulos do mercado, *sem que tenham se lançado na prática de qualquer ato ilícito*²⁰⁹ (grifo nosso).

Porém, entendemos que, mormente em nosso ordenamento jurídico econômico, há determinados atos econômicos que não podem ser considerados “atos ilícitos *per se*”. Para caracterizá-los como ensejadores de ilicitude, deve-se avaliá-los sob determinadas condições de mercado. Nesse sentido, concordamos com Salomão Filho, autor que denomina a colusão tácita também de “comportamento paralelo intencional”²¹⁰: “é hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito”²¹¹. A colusão tácita, assim, num mercado oligopolístico, é capaz de proporcionar sérias distorções nas flutuações de preço e na dinâmica de produção pelos agentes econômicos, levando à desvantagem do consumidor final e, portanto, de toda a população, dificultando o alcance da finalidade máxima da ordem econômica de proporcionar existência digna para todos.

Um exemplo de possível colusão tácita é dado por Vasconcelos e Ramos nos seguintes termos:

[...] a evolução da quantidade a ser produzida apresenta o seguinte padrão: em um primeiro período, o acordo estabelece uma alta quantidade de produção por firma, q_{h1} , o que irá implicar um baixo lucro por firma; na etapa seguinte, há

209 FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 367.

210 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 263.

211 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 263.

uma mudança em que é estabelecido um baixo produto por firma, q_p , com lucro maior por firma. A exigência é que, se todas as firmas aderirem à estratégia de equilíbrio, o produto continua no baixo nível e o lucro no alto nível.²¹²

Cinco exemplos norte-americanos de julgamento de colusão são importantes para guiar o estudo, tendo em vista a influência da jurisprudência e da doutrina americanas nos julgados brasileiros.

O primeiro diz respeito ao caso *American Tobacco Co. et al.*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1946, no qual se entendeu pela primeira vez, em face do Sherman Act, que não havia necessidade de um acordo formal para se configurar a conspiração ilegal. Conforme Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, “esta constituiu a primeira condenação por conspiração contra o Sherman Act (cartel), baseada exclusivamente em presunções e indícios que possibilitaram à Corte concluir o efetivo conluio entre os participantes do mercado de tabaco”²¹³. Vale transcrever os seguintes dizeres do julgado:

O que o estatuto condena não é a forma da combinação ou os meios particulares usados, mas o resultado a ser alcançado. Não importa se os meios empregados para realizar o objetivo ilícito são lícitos ou ilícitos. Atos feitos para dar efetividade à conspiração podem ser totalmente inocentes em si mesmos. Mesmo assim, se forem parte da soma de atos invocados para efetuar a conspiração que o estatuto proíbe, eles também

212 VASCONCELOS, S. P.; RAMOS, F. de S. A regulação de colusão tácita: problemas de detecção e alternativas para o método de inferência. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 32, p. 807-821, nov. 2001. Número especial, p. 812.

213 CADE, Processo Administrativo n. 08000.020787/1996-62. Voto-vista do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

serão proibidos. Nenhum acordo formal é necessário para constituir uma conspiração ilícita.²¹⁴ (tradução nossa)

O segundo é o caso denominado *Petroleum Products*, que se estendeu do final da década de 1970 até o fim dos anos 1980. Ele foi motivado pela acusação de que algumas grandes companhias de petróleo conspiravam para aumentar ou estabilizar preços para produtos de óleo refinado, dentre outras condutas ilícitas. Tal conspiração teria ocorrido pelo anúncio público de mudanças futuras no preço do produto nos tanques.

Vários executivos das empresas de petróleo foram ouvidos e justificaram a medida dizendo que a intenção era informar rapidamente os competidores da alteração no preço, na esperança de que seguissem o movimento e alterassem também os seus.

Nos termos da decisão, “o próprio testemunho dos oficiais dos apelantes indica que não houve essencialmente outro propósito para anunciar publicamente informações sobre preços de bombas de gasolina e desconto de revendedor que não fosse facilitar a clara ou interdependente coordenação colusiva de preço”²¹⁵ (tradução nossa).

214 “It is not the form of the combination or the particular means used but the result to be achieved that the statute condemns. It is not of importance whether the means used to accomplish the unlawful objective are in themselves lawful or unlawful. Acts done to give effect to the conspiracy may be in themselves wholly innocent acts. Yet, if they are part of the sum of the acts which are relied upon to effectuate the conspiracy which the statute forbids, they come within its prohibition. No formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy.” *AMERICAN TOBACCO CO. et al. v. UNITED STATES. LIGGETT & MYERS TOBACCO CO. et al. v. SAME. R. J. REYNOLDS TOBACCO CO. et al. v. SAME.* Decisão em 10 jun. 1946. Disponível em: <<https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/328/328.US.781.18.20.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

215 “the appellees’ officers’ own testimony indicates that there was essentially no purpose for publicly announcing tankwagon prices and dealer discount information other than to facilitate either interdependent or plainly collusive price coordination”. IN *RE COORDINATED PRETRIAL PROCEEDINGS IN PETROLEUM PRODUCTS ANTITRUST LITIGATION*. Disponível em: <<http://www.leagle.com/decision/>

Outro exemplo que podemos abordar é o caso Ethyl Corp., do final da década de 1970, já citado por Ivo Teixeira Gico Júnior. Consoante esse autor, o dito precedente tem extrema relevância, pois, em vez de enquadrar as práticas de colusão como violação à Seção 1 ou 2 do Sherman Act²¹⁶, a Federal Trade Commission alegou tratar-se de “prática comercial injusta”, em violação à Seção 5 do Federal Trade Commission Act, que estabelece, entre outras normativas, que “métodos desleais de competição que afetem o comércio ou que sejam nele realizados e atos desleais ou enganosos ou práticas que afetem o comércio ou sejam nele realizados são declarados ilícitos”²¹⁷ (tradução nossa). O enunciado é, portanto, abrangente como o nosso artigo 36 da Lei 12.529/11, não prescrevendo a necessidade de acordo.

Vale salientar que a doutrina e a jurisprudência americanas passaram posteriormente a adotar a denominada “parallelism plus doctrine”, ou “doutrina do paralelismo mais”, em que não basta a

19901338906F2d432_11265.xml/IN%20RE%20COORDINATED%20PRETRIAL%20PROCEEDINGS%20IN%20PETROLEUM%20PRODUCTS%20ANTITRUST%20LITIGATION>. Acesso em: 10 ago. 2014.

216 As Seções 1 e 2 do Sherman Act têm a seguinte redação: Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty 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.

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty 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.

217 “unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are here by declared unlawful”.

ocorrência do paralelismo consciente para constituir a infração, mas este deve ser seguido de outros fatores.

O “parallelism plus” caminha também no sentido de haver relevante dificuldade em se adotar critérios objetivos para a identificação da colusão tácita, tendo em vista que os atos promovidos pelas empresas para a realização deste ato colusivo são aqueles já esperados por qualquer empresa inserida em mercado com a mesma configuração, qual seja, a de oligopólio. Dizemos isso pois a colusão tácita é a realização de atos mediante a interpretação dos presentes, passados e possíveis atos futuros principalmente dos demais agentes econômicos detentores de poder de mercado. E isso é natural. Nenhuma empresa tem a possibilidade de auferir maiores lucros sem a observância e incorporação das estratégias dos concorrentes em suas próprias diretrizes.

A “parallelism plus doctrine” foi aplicada no caso *Bell Atlantic Corp. vs Twombly*, 550 U.S. 544 (2007), no qual a decisão da Suprema Corte Americana estabeleceu que a conduta paralela, sem evidência de acordo explícito, não é suficiente para sustentar uma ação antitruste sob o § 1 do Sherman Act. Neste sentido, relata Einer Elhauge:

Em *Twombly*, o Tribunal deixou claro que o comportamento paralelo interdependente, ou mera coordenação oligopolista, não é suficiente para mostrar uma conspiração antitruste sob a lei dos EUA. Isso já havia sido entendido antes, mas surpreendentemente nunca tinha sido formulado de forma explícita em decisões anteriores da Suprema Corte. *Twombly* ainda considerou que uma reclamação sob o Sherman Act Seção 1 deveria ser indeferido se se alegasse apenas um comportamento paralelo juntamente com a mera afirmação de que existia uma conspiração. *Algum fato específico complementar ao comportamento paralelo (muitas vezes chamado de “fator plus”)*

*não só deve ser comprovado, em última análise, mas alegado na denúncia.*²¹⁸ (grifo nosso; tradução nossa)

Neste mesmo sentido, em decisão mais recente, o juiz Posner foi ainda mais radical ao fundamentar que a colusão tácita não importa em ilícito antitruste. Em decisão de 9 de abril de 2015, o tribunal de recursos estadunidense do 7º Circuito, em que um dos juízes é Richard Posner, decidiu em ação na qual os petiçãoários arguíam que quatro empresas que dominam 90% do mercado de telefonia móvel dos EUA – AT&T Mobility LLC, Verizon Wireless Inc., Sprint Corp. e T-Mobile US Inc. – aumentam consideravelmente os preços das mensagens por texto em períodos muito próximos, além de terem criado a Wireless Association, onde se reúnem para discutir sobre o mercado.

Posner, na fundamentação de sua decisão contrária aos demandantes, enfatizou que estes não apresentaram qualquer prova não circunstancial de um acordo explícito entre as empresas. O renomado juiz ainda salientou que colusão expressa viola a lei antitruste, enquanto que colusão tácita não. Esse aspecto, assim, não teria sido observado pelos autores da ação, sendo que, por isso, em seus termos, “o advogado dos demandantes demonstra uma incapacidade de compreender a distinção fundamental entre colusão tácita e expressa”²¹⁹. Vale, portanto, citarmos um importante

218 “In *Twombly*, the Court made it clear that interdependent parallel conduct, or mere oligopolistic coordination, does not suffice to show an antitrust conspiracy under U.S. law. This was widely understood before, but surprisingly had never been explicitly decided in prior Supreme Court decisions. *Twombly* further held that a *Sherman Act* Section 1 complaint should be dismissed if it alleged only parallel conduct coupled with a bare assertion that a conspiracy existed. *Some specific fact additional to parallel conduct (often called a “plus factor”) must not only be ultimately proven, but alleged in the complaint.*” (grifo nosso) ELHAUGE, E. Harvard not Chicago: which antitrust school drives recent U.S. supreme court decisions? *Competition Policy International*, v. 3, n. 2, 2007. p. 71.

219 “the plaintiffs’ counsel demonstrate a failure to understand the fundamental distinction between express and tacit collusion”. *Aircraft Check Services Co., et al.*, individually

parágrafo da fundamentação de Posner que bem expressa seu entendimento, majoritário no judiciário americano, sobre a colusão tácita e a estrutura de mercado oligopolista:

O ponto que eles têm especial dificuldade em aceitar é que o Sherman Act não impõe qualquer dever sobre as empresas para competir vigorosamente, ou para que o assunto em questão, no preço. Isso preocupa alguns especialistas antitruste, como o Professor da Harvard Law School Louis Kaplow, cujo livro *Competition Policy and Price Fixing* (2013) argumenta que a colusão tácita deveria ser considerada uma violação do Sherman Act. Isso, claro, não é a lei, e provavelmente não deveria ser. Um vendedor deve decidir sobre um preço; e se a colusão tácita é proibida, como é que um vendedor em um mercado cujas condições (como poucos vendedores, muitos compradores, e um produto homogêneo, o que pode impedir a concorrência nonprice) favorecem a convergência por parte dos vendedores em um preço conjunto que maximiza os lucros sem eles realmente concordarem em cobrar esse preço, decide qual preço cobrar? **Se o vendedor cobra o preço que maximiza os lucros (e seus “concorrentes” também assim o fazem), e a colusão tácita é ilegal, ele está em apuros. Mas como faz para evitar ficar em apuros?** Será que teria que adotar *cost-plus pricing* e provar que este preço apenas cobriu os seus custos (onde o custo inclui um “retorno razoável” para o capital investido)? Tal exigência seria converter lei antitruste em um esquema semelhante a regulação de preços de utilidade pública, agora em grande parte abolida.²²⁰ (grifo nosso)

and on behalf of all others similarly situated, Plaintiffs–Appellants, v. Verizon Wireless, et al., Defendants–Appellees. Decisão em 09 abr. 2015. Disponível em: < <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1697266.html> >. Acesso em: 06 mai. 2015.

220 “The point that they have particular difficulty accepting is that the Sherman Act imposes no duty on firms to compete vigorously, or for that matter at all, in price. This troubles

Em certo aspecto, vale salientar que não discordamos totalmente de Posner. Há comunhão de entendimento no sentido de que, em face da constatação de indícios que revelam a colusão tácita, efetivamente, não visualizamos a possibilidade de remédios comportamentais para sua eliminação. E isso porque, como Posner bem salienta, toda decisão no sentido de determinar que as empresas alterem seus comportamentos para não agirem de forma correspondente ao paralelismo consciente é contrária ao interesse principal de qualquer agente econômico em um ambiente capitalista, qual seja, o aumento de lucro – considerando, por óbvio, que o agente tenderá a observar o mercado e a agir condizente a este que é o seu objetivo inerente.

Porém, e nesse sentido contra-argumentando Posner, não é porque não há solução comportamental viável que a agência antitruste deva se manter alheia a situação de determinado mercado que visivelmente é contrária à promoção da competitividade e do bem-estar dos consumidores. Outrossim, não é também a regulação de preço o único instrumento nas mãos da agência para intervenção no mercado e contenção das falhas de mercado

some antitrust experts, such as Harvard Law School Professor Louis Kaplow, whose book *Competition Policy and Price Fixing* (2013) argues that tacit collusion should be deemed a violation of the Sherman Act. That of course is not the law, and probably shouldn't be. A seller must decide on a price; and if tacit collusion is forbidden, how does a seller in a market in which conditions (such as few sellers, many buyers, and a homogeneous product, which may preclude nonprice competition) favor convergence by the sellers on a joint profit-maximizing price without their actually agreeing to charge that price, decide what price to charge? **If the seller charges the profit-maximizing price (and its "competitors" do so as well), and tacit collusion is illegal, it is in trouble. But how is it to avoid getting into trouble?** Would it have to adopt cost-plus pricing and prove that its price just covered its costs (where cost includes a "reasonable return" to invested capital)? Such a requirement would convert antitrust law into a scheme resembling public utility price regulation, now largely abolished". *Aircraft Check Services Co., et al., individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiffs–Appellants, v. Verizon Wireless, et al., Defendants–Appellees*. Decisão em 09 abr. 2015. Disponível em: < <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1697266.html> >. Acesso em: 06 mai. 2015.

no caso da colusão tácita. A consideração de medidas estruturais pode muito bem auxiliar nestes casos.

Pontos importantes salientados pelos peticionários e que, para estes, são indicadores da possibilidade de ocorrência de atos colusivos, são basicamente dois: o mercado ser oligopolizado e as empresas marginais não terem relevante poder de mercado. Posner inclui mais um, qual seja, a dificuldade de entrada de novos concorrentes.

Os dois últimos tomamos como consequência do primeiro, ou seja é condição *sine qua non* que o mercado seja oligopolizado para que os demais indicadores estejam presentes.

Ademais, a conclusão de Posner de que adotar *cost-plus pricing* e provar que o preço apenas cobriu os seus custos (onde o custo inclui um “retorno razoável» para o capital investido) seria converter lei antitruste em um esquema semelhante a regulação de preços de utilidade pública, é discutível. Dizemos isso pois a definição de “retorno razoável” é consideravelmente subjetiva. Ademais, a regulação de preços induz a outros problemas já conhecidos, como a diminuição de investimento em tecnologia e inovação dos produtos. O *cost-plus pricing*, por sua vez, mantém a possibilidade de aumento de lucro pela diversificação do produto e pelo investimento em tecnologias e redução de custos, além do aumento do volume de demandantes, já que inserido – assim consideramos – naturalmente num ambiente realmente competitivo incentivado pelas agências antitruste.

Agora, no Brasil, dois casos importantes julgados pelo CADE remontam à teoria norte-americana do “parallelism plus doctrine”. O primeiro consiste no caso contra a Varig, a Vasp, a Tam e a Transbrasil e seus respectivos administradores. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 instaurado em março de 2000, em que, entre outros fundamentos, tais empresas aéreas eram acusadas de infrações à ordem econômica por conduta colusiva, tendo a Varig sido acompanhada pelas demais no aumento das tarifas para os voos na Ponte Aérea Rio-São Paulo.

Para tanto, o voto-vista do então conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer salientou que estava-se, naquele momento, “tratando de um mercado onde as empresas têm pouca disparidade no tamanho, vigoram produtos altamente substituíveis, existência de barreiras à entrada, demanda inelástica e custos de produção parecidos (na realidade, muito próximos)”²²¹.

Essas características, como veremos adiante, são algumas das dispostas por Richard Posner como condições favorecedoras de ações colusivas. Seguindo a “doutrina do paralelismo mais”, Pfeiffer utilizou os seguintes argumentos, entendendo que o paralelismo consciente, embora insuficiente, estava demonstrado:

[...] a Varig não poderia exercer o papel de líder de preços, não só em função de sua participação no mercado, mas principalmente em vista de sua situação de crise. Era notório que a companhia vivia momento delicado, muito onerada com dívidas, inclusive com possibilidades da quebra. Considerar a Varig líder de preços e segui-la, neste contexto, seria extremamente arriscado. [...] As “price leaderships” devem estar em uma posição consolidada no mercado para ditar os preços, caso contrário, não seriam fontes confiáveis. [...] Outrossim, indiferente se tratou-se de aumento e não de diminuição, uma vez que o ato poderia ser reflexo de uma política interna de aumento de receita. Postas estas considerações, *somos forçados a verificar que as empresas aéreas tinham outras possíveis atitudes, muito mais vantajosas dentro da estratégia do negócio e não eram obrigadas a seguir a VARIG, que sequer tinha um papel de líder consolidado*

221 CADE, Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70. Voto-vista do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

e perene. Ou seja, existência de indícios e dos “plusfactors” além do paralelismo consciente.²²² (grifo nosso)

Porém, a nosso ver, agora acompanhando Ivo Teixeira Gico Junior, a solução proposta nos parece passível de críticas, tendo em vista principalmente o argumento de Pfeiffer de que as empresas tinham outras atitudes possíveis muito mais vantajosas, e isso foi um dos importantes fundamentos para a conclusão do *plus* do paralelismo consciente. Acompanhamos, assim, a lição de Gico Junior:

(i) de acordo com o voto e tomando seus pressupostos como corretos, a conduta racional das empresas seria não aumentar seus preços para roubar mercado da Varig; contudo,

(ii) se as empresas não acompanhassem o aumento, o próprio conselheiro reconhece que a Varig teria de retornar a patamares anteriores de preço, ou perderia mercado; logo,

(iii) as empresas estavam diante de duas opções claras: (a) não acompanhar os preços e aguardar a Varig retornar aos preços anteriores, auferindo apenas os lucros de curtíssimo prazo durante esse período; ou (b) acompanhar os preços e, dessa forma, passar a cobrar mais e auferir mais lucros por período indeterminado, já que a elasticidade da demanda é baixa.

Como podemos concluir, o que, à primeira vista, parece ser o comportamento irracional, na realidade, revela-se a única conduta adequada.²²³

Outro exemplo é o caso do denominado Cartel do Aço, em que também foi utilizada a doutrina do paralelismo *plus*, no Pro-

222 CADE, Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70. Voto-vista do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

223 GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006. p. 339.

cesso Administrativo 08000.15337/97-48, conforme nos explica Gico Junior:

Era comum na indústria haver anúncios antecipados de aumento de preços por uma empresa, via de regra, acompanhados pelas demais concorrentes (liderança de preços e paralelismo). No entanto, em 1996, após o anúncio de aumento realizado pela CSN e seguido pelas demais, representantes das três empresas [Usiminas, Cosipa e CSN] e do Instituto de Siderurgia Brasileira (ISB) reuniram-se com a SEAE para explicar a necessidade do aumento e seu valor exato, antes de o mercado ser “informado” dos valores. As empresas foram condenadas por formação de cartel e a reunião foi considerada um fator adicional a desqualificar o paralelismo. Vale notar que o Cade já havia decidido, em precedentes anteriores, que o mero paralelismo de condutas não constituía prova suficiente da existência de uma infração à ordem econômica, desde que houvesse outra explicação plausível para a conduta, mas – até onde vai o nosso conhecimento – não havia feito referência expressa à doutrina.²²⁴

A doutrina do paralelismo *plus*, a nosso ver, busca condicionar a ilicitude do paralelismo consciente a outros fatores que lhe sejam correspondentes. Porém, o próprio paralelismo, nesse sentido, já é por si só prejudicial ao bem-estar dos consumidores, ao reduzir os benefícios advindos de uma postura realmente concorrencial. Entendemos que tal doutrina busca resolver a grande dificuldade de se condenar uma empresa oligopolista em face de atos econômicos claramente compreensivos se entendidos como naturais dessa determinada estrutura de mercado.

224 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006. p. 315, 316.

Além disso, somente algumas das técnicas da colusão tácita podem ser explicitamente identificadas. No caso das empresas aéreas, por exemplo, ficou comprovado nos autos que aos concorrentes foi divulgado o preço das tarifas anteriormente à divulgação aos próprios consumidores.

Fora essa iniciativa, claramente indutora da colusão tácita, a empresa poderia muito bem ter colocado os preços diretamente no mercado e, mais do que isso, as concorrentes poderiam acompanhá-la em seguida, para evitar lapso de tempo em que a primeira lucraria em prejuízo das demais. Assim, o paralelismo estaria mais implícito ainda, comportando o mesmo prejuízo aos consumidores pela ausência de preços concorrentes.

Pergunta-se, portanto, como sancionar as empresas em casos de colusão tácita, sendo que estas possuem grande conhecimento do mercado e têm a possibilidade de maquiagem os atos colusivos. A dúvida permanece quando questionamos se o paralelismo consciente não seria a forma mais corrente de a empresa se estabelecer num mercado pouco ou nada competitivo como o oligopolista.

Uma das sanções determinadas no acórdão do julgamento do processo em questão foi: “aplicação, no caso de continuidade da conduta praticada ou de outra que configure infração da ordem econômica”²²⁵, e “multa diária no valor de R\$ 5.320,50”²²⁶. Pois bem, a conduta praticada – paralelismo consciente – não deve ter continuidade. A questão é: como medir, de forma eficiente, a obediência a tal compromisso? Não vemos outra alternativa senão a observância contínua da flutuação dos preços oferecidos pelas empresas oligopolistas e, nesse sentido, o impedimento de ocorrência de paralelismo consciente. Ou seja, impedir que as empresas tenham o mesmo preço cobrado sobre o mesmo produto por determinado

225 CADE, Processo Administrativo n. 08000.15337/97-48. Acórdão.

226 CADE, Processo Administrativo n. 08000.15337/97-48. Acórdão.

período coincidente. Porém, conforme já referimos, tal ato pode ser fruto de diversas questões inclusive estruturais do país, além de indicarem simplesmente que os agentes econômicos em questão estão praticando atividade econômica mediante a observância do mercado e reagindo a este com o objetivo legítimo de obtenção de lucro.

Ora, como já dissemos, a teoria do paralelismo *plus* busca justamente verificar se o comportamento das empresas apresenta indícios de colusão tácita que não sejam somente o paralelismo consciente. Porém, a nosso ver, o paralelismo num ambiente oligopolista já é por si próprio prejudicial aos consumidores, pelo simples fato de conduzir o mercado à estabilização de preços, estando ausente o critério da real competitividade entre os agentes. Desta forma, vale referirmo-nos novamente ao caso brasileiro da Ambev, conforme fundamentado pela Secretaria de Direito Econômico:

[...] há altos índices de correlação de preços das marcas Brahma, Antarctica, Skol, Kaiser e Schincariol [...]. Essa correlação é uma das variáveis consideradas na definição do mercado relevante de produto. Dentre outras coisas, ela pode indicar se uma empresa fixa os seus preços observando os preços das outras empresas no mercado. A Schincariol, por exemplo, procura sempre manter um diferencial de preços entre 20% e 30% em relação às marcas líderes, em cada mercado.²²⁷

Assim, cabe levantar um importante argumento contrário ao oligopólio. Embora a SDE não tenha empregado a expressão “comportamento paralelo intencional”, cunhada por Salomão Filho, entendemos que ela identificou o fenômeno, ou seja, um equilíbrio intencional supracompetitivo, resultado mormente de ambientes oligopolistas, que entraria no dilema já referido por Ivo Teixeira Gico Junior:

227 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 106.

Se o Direito Concorrencial visa a combater os efeitos indesejados gerados por qualquer ato potencialmente anticompetitivo, independentemente de culpa, e não há condicionamento formal ou positivo de sua aplicação às hipóteses em que há um acordo, em uma abordagem unificada da Teoria da Colusão, por que deveria o Direito Concorrencial diferenciar condutas claramente decorrentes de um acordo (colusão expressa) daquelas em que os mesmos resultados são obtidos, todavia sem comunicação direta ou acordo (colusão tácita)? Não seriam essas condutas ainda mais perigosas se nem mesmo comunicação direta é necessária para sua existência?²²⁸

Por isso, entendemos que a única forma de se evitar tal conduta prejudicial e potencialmente ocasionadora das infrações dispostas no art. 36 da Lei 12.529/11 é considerar a mera possibilidade da colusão horizontal tácita como uma infração à ordem econômica e, portanto, tendo o oligopólio como base de atuação, este deve ser combatido, preventiva e repressivamente. Como bem salienta Bruno Drago:

A alternativa que se tem verificado plausível e intensamente estimulada, principalmente na Comunidade Européia, é o controle preventivo de fusões tendentes a criar estruturas oligopolistas facilitadoras de coordenação entre concorrentes. Assim, remédios estruturais ou comportamentais poderiam ser impostos a propostos atos de concentração, não somente pelo perigo do exercício do poder unilateral de mercado, mas também pela possibilidade de facilitação da coordenação entre concorrentes.²²⁹

228 GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006. p. 381.

229 DRAGO, B. Proteção à concorrência: Cade deve ficar atento para o efeito dos oligopólios. **Conjur**. 21 out. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-out-21/cade_ficar_atento_efeitos_oligopolios#author>. Acesso em: 5 nov. 2014.

Porém, em outro momento, o mesmo autor dispõe uma crítica a essa postura da seguinte maneira:

Deve-se ter em mente que a perspectiva de lucros monopolísticos pode criar os incentivos necessários para empresas desenvolverem produtos ou tecnologias, melhorar os produtos ou tecnologias existentes ou diminuir seus custos de produção. Da mesma forma, as decisões das autoridades devem se pautar de todo cuidado a fim de não gerarem incentivos protecionistas, como efeitos de carona (“freeriding”), em concorrentes menos eficientes, os quais podem ser, pelo simples interesse especulativo das autoridades, concorrências artificialmente mantidas no mercado à custa do bem-estar social do consumidor.²³⁰

Tal crítica, ademais, se encontra ausente de fundamentos. Primeiro porque as empresas não devem partir do pressuposto de que lucros monopolísticos poderão ser auferidos futuramente. Afinal, uma das prescrições do mercado é justamente estar sustentado pelo princípio da livre concorrência, consoante já abordamos no capítulo primeiro, senão incorre-se no risco de comprometer toda a ordem econômica e sua finalidade constitucional intrínseca.

Claro que o lucro é um dos incentivos necessários para empresas continuarem a produzir, desenvolver novas tecnologias e avançar no desenvolvimento econômico, que assim reverberará positivamente para toda a comunidade. Entretanto, conforme defendemos na presente obra, mesmo se a empresa conquistar uma posição oligopolista no mercado, o Estado, a fim de garantir a continuidade dos benefícios trazidos com a circulação de mercadorias promotora do lucro, deve intervir na forma de impossibilitar

230 DRAGO, B. A perspectiva do *Law & Economics* aplicada à responsabilidades especiais dos agentes econômicos dominantes – eficiência e concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 21, jan.-jun. 2012. p. 262-263.

a emergência de tal mercado através do incentivo a empresas de menor porte e desincentivo a fusões e aquisições que sejam comprometedoras de uma saudável estrutura de mercado.

Outrossim, os incentivos protecionistas são importantes para a conformação desse princípio e têm como fundamento a busca legítima pela formação de um mercado de concorrência o mais perfeita possível. Portanto, o que se considera uma manutenção artificial de empresas concorrentes no mercado, se bem conduzida, não prejudica o bem-estar social.

Parte-se, assim, do pressuposto da criatividade dos agentes econômicos em inovar no mercado para trazer maior eficiência, mesmo que estejam limitados e condicionados por uma política de defesa da concorrência. Além do mais, os benefícios desta são muito maiores para toda a sociedade do que as consequências decorrentes de um mercado oligopolista.

Os fatores de lucratividade são por demais variáveis e contingenciais para se garantir a sobrevivência do oligopólio em prejuízo de uma maior competitividade que, por sua vez, demande criatividade e variabilidade de produtos e de preços, condizente, assim, com a necessidade constitucional de garantia do bem-estar do consumidor, em sentido estrito, e da dignidade humana para todos, em sentido amplo.

5.3.1. Principais condições favorecedoras da colusão

Richard Posner elenca 17 condições que favorecem ações colusivas entre as firmas de determinado mercado. Se presentes no caso concreto, tais condições demonstram a necessidade de uma maior atenção para a alta possibilidade de existência de colusão. Apresentaremos e comentaremos abaixo uma a uma, analisando críticas e argumentos que gravitam em torno desses critérios.

1) Mercado concentrado no lado da venda:

Para a possibilidade da existência de colusão tácita, é importante que o lado vendedor seja um mercado concentrado, inclusive na forma de oligopólio. O método de análise da concentração, porém, deve ser observado. Concordamos com a visão de Posner de que a forma mais comum de se medir a concentração, qual seja, pela observação do mercado compartilhado pelas quatro ou oito maiores empresas, é bem menos eficiente do que a utilização do Herfindahl-Hirschman Index (HHI), conforme já salientamos em capítulo anterior.

2) Sem margem de pequenos vendedores:

A coordenação de preço entre algumas poucas grandes empresas é muito mais fácil do que entre muitas empresas pequenas, que portanto detêm uma fatia muito pequena do mercado para reverberar suas ações no mercado como um todo. Os pequenos vendedores, porém, quando tomados em conjunto, se forem muitos e detiverem juntos uma parcela relativamente grande do mercado, dificultam a realização da colusão, que fica prejudicada pela variação de preços, mesmo que desordenada, provocada por esses vendedores menores. Na verdade, entendemos que aqui se deve ter cautela para não considerar a “ausência de pequenos vendedores” como um pressuposto essencial para a colusão. O que de fato importa é a limitação na possibilidade que estes teriam de alterar as condições de mercado em face das empresas de grande porte e alto poder econômico.

3) Demanda inelástica no preço competitivo

Se a quantidade demandada não responde com muita intensidade a alterações nos preços quando estes se encontram em nível competitivo, é provável que a demanda pelo produto também não sofra uma queda proporcional quando os preços forem elevados por força da colusão, garantindo aumento de receita para os coludentes.

4) Tempo demandado para entrada no mercado:

Se a entrada de novas empresas no mercado demanda muito tempo, o custo para isso e o investimento correspondente são muito altos, o que dificulta a modificação do mercado já existente e configurado.

5) Lado comprador do mercado é fragmentado:

Arranjos para restringir a competição surgem mais facilmente em mercados onde os compradores são fragmentados em diversas empresas, e não concentrados. Isso porque, se forem concentrados em poucas empresas, podem facilmente desestabilizar qualquer tentativa de colusão na decisão de compra/não compra do produto/serviço oferecido.

6) Produto padronizado:

A colusão entre empresas cujos produtos são padronizados é mais efetiva, pois facilita a introdução de um preço único para todos, sem a necessidade de haver diferença por conta de supostas singularidades em diferentes níveis de qualidade e características nos produtos fornecidos.

7) Produto não durável:

Mercados de produtos não duráveis são mais propícios a sofrer colusão do que os de produtos duráveis. Isso principalmente porque os produtos duráveis proporcionam longo tempo de usufruto ao consumidor, que nesse período deixa de influenciar o mercado em função das alterações de valor.

8) As empresas principais vendem no mesmo nível da cadeia distributiva:

É mais difícil manter preços compatíveis com os diversos níveis da cadeia distributiva, sendo mais fácil a concentração das principais empresas em determinados nichos específicos do setor de mercado.

9) Competição de preço mais importante que outras formas de competição:

Se levarmos somente em consideração a possibilidade de colusão sobre o preço do produto, a existência de outras variáveis, como garantia, velocidade de entrega, controle de qualidade, entre outros, pode comprometer a tentativa de controle da concorrência pelas empresas coludentes. Ademais, entendemos que, se as ditas variáveis estiverem presentes, poderão ser também controladas pela colusão e então não seriam mais um problema para o controle do mercado, pois se configurariam conforme o chamado “paralelismo consciente”.

10) Alta proporção de custos fixos em face dos custos variáveis:

A possibilidade de falência num mercado em que os custos fixos predominam sobre os variáveis é maior por ser mais difícil, nesses casos, baixar os valores para atender às flutuações do mercado. Por isso, a possibilidade de empresas entrarem em colusão nesses mercados é maior, pois assim ficam mais protegidas das variações de preço.

11) Estrutura de custos e processos de produção similares

Quanto mais parecidas são as empresas em suas estruturas de custo e processos de produção de seus produtos, mais fácil é, para elas, realizar a colusão.

12) Demanda estática ou em declínio

Colusão é mais difícil de policiar num mercado em crescimento. Em mercados de demanda estática ou em declínio, por outro lado, é mais fácil de detectar e coibir.

13) Preços podem ser modificados rapidamente

Quanto mais rápido uma empresa consegue reagir à variação do preço de outra, menor é o tempo em que esta auferirá ganhos com a mudança, reduzindo o potencial de competitividade do mercado.

14) Licitação:

É mais fácil os coludentes identificarem a trapaça na colusão quando é realizada em processos licitatórios. Isso porque o preço é aberto, o que impede conluíus secretos.

15) O mercado é local:

Em um mercado local é mais fácil de realizar colusão, tendo em vista que, diferentemente dos mercados regionais, nacionais ou internacionais, quanto menor o mercado menor a quantidade de vendedores e mais fácil a comunicação entre eles.

16) Práticas cooperativas:

Não é ilícita a cooperação entre as empresas em determinado grau, e tal cooperação auxilia no processo de colusão pela troca de informações e inclusive de *know-how*.

17) Histórico de violações antitruste:

Se determinado mercado já conta com histórico de agentes econômicos realizando políticas ilícitas contrárias às leis antitruste, a possibilidade de existência de colusões é relevante, já que acordos seriam atrativos nesse determinado setor da economia.

Além dos aspectos acima salientados, com base na lição de Posner, importa adicionar que a colusão tácita é difícil de identificar principalmente porque prescinde de um acordo expresso. Não há, porém, diferença material entre a hipótese dessa forma de colusão e a de cartel, sendo os dois prejudiciais ao bem-estar dos consumidores. Nesse sentido, ambos deveriam se submeter ao mesmo tratamento.

Vale dizer, ainda, que apesar de considerarmos de relevância ímpar as condições que favorecem a colusão expostas por Posner, sua base teórica é a Análise Econômica do Direito. Por isso, alguns posicionamentos do autor acima merecem críticas, principalmente no que diz respeito à utilização de certa hermenêutica na análise de questões não econômicas, conforme vimos em capítulo

específico. Porém, tendo em vista o escopo do presente trabalho, ou seja, a teoria sobre as estruturas do Direito Econômico da concorrência, algumas de suas contribuições são bastante elucidativas para a compreensão e construção de um arcabouço jurídico de proteção do princípio da liberdade concorrencial, inclusive nos moldes brasileiros. Por isso, devemos evitar “purismos teóricos” se quisermos construir pragmaticamente uma regência jurídica da economia conforme reza a Constituição Federal de 1988. Assim, concordamos com a afirmação abaixo de Paula Forgioni:

Daí ser importante deixar bem vincado, desde logo, que a AED pode e deve ser aplicada em benefício da implementação de políticas públicas, com o escopo de incrementar o grau de eficácia material do ordenamento jurídico, em especial dos arts. 170, 1º e 3º da Constituição do Brasil.²³¹

Entendemos que tais condições proporcionem bases mais sólidas para a análise do mercado e a possibilidade de ocorrência da colusão implícita, embora a sistemática seja dotada de certo abstracionismo. Ademais, entendemos com Vasconcelos e Ramos que

[...] deve-se utilizar características de mercado e padrões de comportamento como *indicadores* do estado de competição e não como variáveis que *necessariamente* implicam colusão. Em outros termos, as ligações entre as variáveis de estrutura, conduta e *performance* devem ser interpretadas como correlações, mas não como uma correlação causal.²³²

231 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul.-set. 2005. p. 242.

232 VASCONCELOS, S. P.; RAMOS, F. de S. A regulação de colusão tácita: problemas de detecção e alternativas para o método de inferência. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 32, p. 807-821, nov. 2001. Número especial, p. 820.

Para Ivo Teixeira Gico Junior, “é possível criticar as condições facilitadoras da colusão eleitas para guiar o aplicador do Direito Concorrencial como evidências suficientes para formar convicção acerca da existência ou não de cartel”²³³. A nosso ver, tal crítica é improcedente –mas não por seus argumentos, pois com certeza partilhamos a ideia de que não são “evidências suficientes”. Entendemos, porém, que Posner as expõe somente como “condições facilitadoras” da colusão, o que é um grau de comprometimento bem diverso.

Ademais, parece-nos de difícil solução, sob a colusão tácita, numa ação repressiva, condenar os agentes econômicos a não reagirem às condições de mercado, ignorando a ação e a reação de seus concorrentes na hora de implantar determinada postura comercial. A ação e a reação “adequadas” à previsibilidade, bem como o acompanhamento das ações e reações dos concorrentes, fazem parte das condições para a própria sobrevivência no mercado, dificultando o enquadramento da colusão tácita como, *e. g.*, abuso de posição de mercado. Porém, num ambiente de oligopólio, tal interdependência entre as empresas pode acarretar ao consumidor efeitos deletérios, não podendo, portanto, deixar de ser considerada.

Tal tentativa de condenação, outrossim, seria de difícil acompanhamento, pois verificar se os condenados estão cumprindo ou não a decisão requereria seguir constantemente a variação dos preços, por exemplo.

Nesse aspecto, Vasconcelos e Ramos salientam que,

[...] para se detectar colusão, é necessário obter o máximo de observações acerca das variáveis do mercado que se busca regular. Uma razão para se ampliarem as observações seria a característica das relações *ongoing* entre organizações, as quais geram fluxos de lucros e prejuízos esperados futu-

233 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006. p. 324.

ros. Ou seja, dado que para disciplinar o comportamento interno das organizações colusivas a atividade ilegal deve ser repetida, a análise das variáveis em casos antitruste deve ser o menos restrita no tempo quanto possível.²³⁴

Porém, qual seria o período suficiente para se verificar a existência de uma colusão tácita? Impossível responder a essa pergunta sem incorrer em certa arbitrariedade e subjetividade injustificáveis pelo raciocínio lógico. Foi também com a intenção de resolver essa questão que surgiu a teoria do paralelismo *plus*, conforme apontamos em capítulo anterior, apoiados mormente em Gico Junior. No entanto, essa abordagem também revela limitações práticas quando aplicada à identificação de colusão tácita.

Por não encontrar outra saída, Donald F. Turner, de Harvard, propôs também a quebra das empresas oligopolistas em pequenas unidades.

No que diz respeito à Escola de Harvard, cujo suporte basicamente é a teoria estruturalista, Turner, um dos seus expoentes, já salientou o seguinte, no que se refere ao paralelismo consciente:

Eu venho discutindo as possíveis formas de medida cautelar, e as tenho encontrado querendo de modo a indicar que é **inapropriado** condenar preço de oligopólio como um acordo ilegal de fixação de preços. Há outra forma de remédio além da cautelar - dissolução ou alienação das empresas dominantes - que evitaria os problemas de controle decorrentes de um decreto cautelar.²³⁵ (tradução nossa)

234 VASCONCELOS, S. P.; RAMOS, F. de S. A regulação de colusão tácita: problemas de detecção e alternativas para o método de inferência. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 32, p. 807-821, nov. 2001. Número especial, p. 814.

235 "I have been discussing the possible forms of injunctive relief, and have found them so wanting as to indicate that it is inappropriate to condemn oligopoly pricing as an unlawful price-fixing agreement. There is another form of remedy besides

Ou seja, dito autor, um dos maiores representantes de Harvard, tende a salientar a importância do mercado oligopolizado para a ilicitude da colusão tácita. Neste sentido, parte do pressuposto da importância em se controlar a eficiência alocativa das empresas, mormente em situações de oligopólio, a fim de evitar o conluio entre os agentes econômicos dominantes de determinado setor de mercado.

Para isso, Turner parte do princípio de que é impossível condenar as empresas por agirem consoante a observação do mercado e de seus concorrentes. Essa impossibilidade advém do questionável enquadramento do ato colusivo tácito na legislação antitruste; além de ser inócua a tentativa de impor sanções para a não realização do paralelismo consciente, tendo por base que pode ser de difícil conclusão definir com certidão a permanência e existência de tal conluio prejudicial ao mercado. Assim, diz Turner que “a conclusão de que o preço não competitivo de oligopólio não é ilícito significa que a mera interdependência de decisões sobre os preços-base não é conspiração”²³⁶.

Importa reconhecer, ainda, as palavras de Turner de que adotar o remédio de dissolução dos oligopólios a fim de evitar o *conscious parallelism*

[...] que é praticamente conceber que o reconhecimento da responsabilidade no terreno da conspiração é, no máximo, dúvida. Se um eficaz e viável alívio estrutural requer uma reforma radical da indústria, isto indica que foi a si-

injunction - dissolution or divestiture of the dominant firms -which would avoid the supervisory problems arising from an injunctive decree.” TURNER, Donald F. The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, *Harvard Law Review*, Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655-706, p. 671.

236 “the conclusion that noncompetitive oligopoly pricing is not unlawful means that mere interdependence of basic price decisions is not conspiracy”. TURNER, Donald F. The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, *Harvard Law Review*, Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655-706, p. 672.

tuação estrutural, e não o comportamento dos membros da indústria, que foi fundamentalmente responsável pelos resultados insatisfatórios.²³⁷ (tradução nossa)

Ou seja, para o autor, assumir que há a necessidade de uma modificação estrutural no mercado para a solução da situação de paralelismo consciente é o mesmo que admitir a ineficácia de uma solução comportamental.

237 “[...] is virtually to concede that the finding of liability on the ground of conspiracy is dubious at best. If effective and workable relief requires a radical structural reformation of the industry, this indicates that it was the structural situation, not the behavior of the industry members, which was fundamentally responsible for the unsatisfactory results.” TURNER, Donald F. The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, *Harvard Law Review*, Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655-706, p. 671.

6. A Defesa Brasileira da Concorrência: A Globalização como Justificativa para a Manutenção de um Mercado Interno Oligopolizado

Neste capítulo, vamos identificar como são tratados os mercados e os agentes econômicos estrangeiros no que diz respeito ao mercado nacional e ao alcance da competência do SBDC – e, portanto, do CADE. Além disso, discorreremos sobre a teoria dos campeões nacionais e o protecionismo estatal no ambiente globalizado.

6.1. Breve delineamento teórico sobre a extraterritorialidade na norma antitruste brasileira

Constantemente adotado pela doutrina e jurisprudência, o conceito de “extraterritorialidade” da lei antitruste é contemplado por diversas ordens econômicas, como os Estados Unidos, a União Europeia e o Canadá. No Brasil, foi incorporado na Lei 8.884/94 e, sob os mesmos termos, na Lei 12.529/11, mais especificamente no seu artigo 2º, da seguinte maneira:

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência,

sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§ 2º *A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (grifo nosso)*

A aplicação da extraterritorialidade, conforme Ana Maria Nusdeo, implica o Estado ser “competente para legislar e conhecer eventos ocorridos fora do seu território, envolvendo participantes não-nacionais, desde que tais eventos produzam efeitos dentro do território nacional”²³⁸.

Leonor Cordovil e Vicente Bagnoli, por sua vez, explicam-na da seguinte maneira:

As dificuldades na aplicação da Lei surgem, entretanto, em relação às práticas cometidas fora do Brasil, mas que aqui produzem ou podem produzir efeitos, especificamente em condutas anticoncorrenciais. O exemplo mais usual é o cartel internacional. Um cartel entre duas empresas, uma localizada na China, outra localizada na Austrália, pode produzir efeitos se uma das empresas exporta sua produção para o Brasil. Os efeitos podem se manifestar na forma de preços mais altos, ou na forma de ausência de oferta do produto por um dos competidores. Dessa forma, *condutas anticoncorrenciais podem ser praticadas em outros países, gerando efeitos no território nacional.*²³⁹ (grifo nosso)

238 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 162.

239 CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente. Capítulo II: Da territorialidade. In: CARVALHO, Vinicius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da*

Ainda na mesma linha, valem os dizeres de José Carlos de Magalhães:

Diante da interdependência e do caráter transnacional das relações internacionais, a condução das atividades econômicas em um país pode ter reflexos na ordem internacional e no território de outros Estados, interferindo com valores e princípios nem sempre coincidentes. Tal é o caso do direito à concorrência, em que a conduta no exterior pode acarretar consequência no interior de outro Estado.²⁴⁰

Dessa forma, a extraterritorialidade se dá em nosso país pela letra da lei reguladora do SBDC, segundo a qual as práticas que produzam ou possam produzir efeitos no todo ou em parte no território nacional estão passíveis de aplicação da dita legislação nacional. Esta, no entanto, enuncia no § 1º do art. 2º que se reputa “domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante”. Ou seja, o *caput* do art. 2º da norma em questão só se aplica a empresas estrangeiras domiciliadas no país, conforme os requisitos exarados no § 1º.

Contra um cartel realizado no exterior, consoante o exemplo de Leonor Cordovil e Vicente Bagnoli, seria possível tão somente instaurar um processo administrativo no CADE em face de suas possíveis ou concretas consequências no mercado dentro do ter-

Concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 53.

240 MAGALHÃES, José Carlos de. aplicação extraterritorial da legislação antitruste. In: CONGRESSO JURÍDICO BRASIL-ALEMANHA, 9., 9-10 nov. 2000, Florianópolis. **Anais...** São Paulo: Sociedade de Estudos Jurídicos Brasil-Alemanha (SEJUBRA); Instituto Brasileiro de Direito Tributário da USP (IBDT), 2000. Disponível em: <http://www.sejubra.org.br/9/Confer%C3%Aancia%20Prof.%20Magalh%C3%A3es.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2011. Apud TAUFIK, Roberto D. **Nova lei antitruste brasileira – a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 19.

ritório nacional. Dessa forma, a(s) empresa(s), se condenada(s), deveria(m) arcar com todas normativas exaradas pela decisão da agência antitruste brasileira – somente, porém, na realização de negócios no mercado doméstico.

A conduta anticoncorrencial, portanto, pode ser praticada totalmente no país A com vistas a atingir exclusivamente o mercado de um país B, porém, pelo fato de as empresas terem domicílio no país B – no caso do Brasil, por exemplo –, elas se encontram submetidas ao conjunto normativo da lei antitruste nacional. Estabelecer normativamente o domicílio das empresas estrangeiras no país foi uma forma de contornar questionamentos futuros à constitucionalidade de tal artigo, já que, em certos casos, sua aplicação poderia significar, *e. g.*, a extrapolação da soberania nacional.

Diz-se “extraterritorialidade”, portanto, pois os efeitos da decisão exarada em situações como essa serão sentidos em pessoas jurídicas cujos negócios ensejadores da infração – ou da mera possibilidade de infração – e/ou cuja sede se localiza(m) em outros Estados. O termo é dotado de dubiedade, se não analisado corretamente, já que pode levar ao entendimento de que os efeitos das decisões da agência antitruste brasileira podem efetivamente irradiar a empresas de outros países direitos e deveres que, de acordo com os pressupostos tradicionais da soberania nacional, só corresponderiam ao território brasileiro.

O que ocorre na verdade, porém, é que a legislação brasileira adota desde 1994 a teoria dos efeitos, que considera três fatores para determinar a aplicabilidade de uma lei, conforme Cordovil e Bagnoli: “(i) a nacionalidade de seus agentes; (ii) o local de produção dos efeitos; (iii) o local da prática”²⁴¹. Sendo assim, a extraterritorialida-

241 CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente. Capítulo II: Da territorialidade. In: CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 53.

de se impõe como princípio protetor da soberania nacional, já que garante o controle da nação sobre os efeitos irradiados pelo mercado internacional em seu território. Se não fosse assim, no que diz respeito à defesa da concorrência, nosso país estaria sujeito às diversas intempéries incontroláveis da economia globalizada.

O local de produção ou de provável produção dos efeitos – no caso, o território nacional –, atrelado à definição de domicílio das empresas estrangeiras, consoante a lei antitruste nacional, são motivos suficientes para ensejar a instauração de processo administrativo e a consequente aplicação dos efeitos das decisões do CADE no que concerne ao território brasileiro.

O Processo Administrativo 08012.001885/2007-11 constitui um bom exemplo: em processo de aquisição do Grupo empresarial francês Compagnie de Saint-Gobain, a empresa norte-americana Owens Corning encamparia também a planta de Capivari, pertencente à Vetrotex Brasil Indústria e Comércio de Fibras de Vidros Ltda. integrante do grupo francês. “Sendo assim, a operação no Brasil limitou-se à transferência de 100% das quotas de referida sociedade, com tudo o que a mesma englobava, incluindo seus bens tangíveis e intangíveis”²⁴². A Owens Corning também iria adquirir outras plantas pelo mundo, como duas americanas e mais uma série na União Europeia e na Ásia.

Por fim, com a intenção de evitar o oligopólio e a alta concentração de mercado, o CADE decidiu por unanimidade, seguindo o voto do relator, determinar que a Owens Corning alienasse o negócio de fibras de vidro de Capivari a um terceiro, consoante os ditames impostos.

Além disso, determinou um tratamento específico para o produto Continuous Filament Mat (CFM), cujo mercado continuava com alto índice de concentração, já que apenas a Owens

242 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001885/2007-11. Relatório do relator Fernando de Magalhães Furlan. p. 5.

Corning o oferece “por meio de importações intra-grupo, que podem gozar de benefícios de natureza fiscal”²⁴³. Sendo assim, ficou decidido que o CADE peticionasse à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) em prol da criação de exceção à Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM) para o CFM e, ainda, que fosse encaminhado pedido à CAMEX para que revisse a possibilidade de diminuição da Tarifa Externa Comum (TEC) de 12% para 2% ou a inclusão de tal produto na sua lista de exceções “de modo a possibilitar maior contestação do produto CFM”²⁴⁴.

Dessa forma, verifica-se que, no concernente ao ato de concentração em questão, a decisão do CADE se ateu à planta existente no território nacional e às ações que iriam afetar diretamente – e de forma negativa – o mercado nacional, propondo a outros entes públicos mudanças em prol da defesa da concorrência.

6.2. Protecionismo estatal versus abertura econômica: Oligopólios e campeões nacionais

O embate entre a globalização econômica e as políticas antitruste de cada país pode ser exemplificado por um caso ocorrido no fim da década de 1980. Nesse período, os Estados Unidos se viram comercialmente deficitários em relação ao Japão e verificaram que isso se devia não a barreiras tarifárias de importação japonesas, mas a uma estrutura de oligopólio nas indústrias daquele país, levando, através de colusões, à exclusão de outros agentes externos interessados nos mercados.

243 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001885/2007-11. Voto do relator Fernando de Magalhães Furlan. p. 68.

244 CADE, Ato de Concentração nº 08012.001885/2007-11. Voto do relator Fernando de Magalhães Furlan. p. 68.

Após um ano de negociação, que teve início em 1989, realizou-se um acordo bilateral, formalizado em 1990, conhecido como Structural Impediments Initiative, sob o qual foi definido que o Japão iria conduzir programas de “questões e matérias de política interna, tais como gastos e investimentos públicos, direitos de propriedade e uso de imóveis e matéria antitruste”²⁴⁵. Apresentamos, abaixo, trecho da redação do acordo, em uma medida que deveria ser adotada pelo Japão em face das reclamações americanas (cabe ressaltar que há também, no documento, condições inversas, ou seja, disposições exaradas do Japão para os EUA):

No relatório final, o governo japonês declarou que seriam expandidas as atividades da JFTC, a principal agência responsável por fazer cumprir a Lei Antimonopólio do Japão, e que um sistema de mediação seria estabelecido na JFTC de ouvir queixas de empresários estrangeiros e empresas sobre potenciais violações da Lei Antimonopólio. Além disso, o Japão declarou que tomaria as seguintes medidas:

- * Expandir as funções de investigação da JFTC para lidar com cartéis de preços, cartéis de retenção de fornecimento, alocações de mercado, manipulação de propostas e outras atividades ilegais;
- * Publicar as decisões proferidas pela JFTC, além dos nomes dos infratores e da identificação de delitos, a fim de aumentar o efeito dissuasivo da lei antimonopólio;
- * Ampliar alocações orçamentárias para a JFTC;
- * Aumentar multas para cartéis ilegais;
- * Intensificar o uso de sanções penais em casos antimonopólio e

245 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.

* melhorar a eficácia do sistema de reparação de danos para as vítimas de atividades comerciais ilegais.

O governo japonês afirmou ainda que iria divulgar a sua utilização de orientação administrativa, a prática da influência do governo em negócios privados. [...] O governo também vai rever a utilização de exceções nos estatutos antimonopólio, como os cartéis, com vistas a eliminar a sua utilização nos casos em que eles já não são ferramentas eficazes de política e onde eles restringem a concorrência. O governo japonês também irá incentivar as empresas privadas para garantir seus procedimentos de contratação estão abertos e não discriminam os produtos estrangeiros.

²⁴⁶ (tradução nossa)

246 In the final report, the Japanese government stated that the activities of the JFTC, the agency chiefly responsible for enforcing Japan's Antimonopoly Act, would be expanded and that an ombudsman system would be established within the JFTC to hear complaints from foreign businessmen and firms about potential violations of the Antimonopoly Act. In addition, Japan outlined the following measures it would take:

- * expand the investigatory functions of the JFTC to deal with price cartels, supply restraint cartels, market allocations, bidrigging and other illegal activities;
- * publicize JFTC decisions including the publication of the names of offenders and the identification of offenses in order to increase the deterrent effect of the Antimonopoly Act;
- * increase budget allocations for the JFTC;
- * increase fines for illegal cartels;
- * increase the use of criminal penalties in antimonopoly cases; and
- * improve the effectiveness of the damage remedy system for victims of illegal business activities.

The Japanese government further stated that it would publicize its use of administrative guidance, the practice of government influence in private business. [...] The government will also review the use of exemptions to the antimonopoly statutes, such as cartels, with a view towards eliminating their use in cases where they are no longer effective policy tools and where they impede competition. The Japanese government will also encourage private firms to ensure their procurement procedures are open and do not discriminate against foreign goods. COOPER, William. *Japan-U.S. Trade: the Structural Impediments Initiative*, jul. 1990. **University of North Texas**. 15 mar. 1993. Disponível em: <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs77/m1/1/high_res_d/93-341e_1993Mar15.txt>. Acesso em: 7 nov. 2014.

Sobre as consequências do acordo, salienta Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

[...] no geral, foi bem-sucedido, com a publicação de novas *guidelines*, especialmente sobre práticas de distribuição, e o aumento da investigação e dos casos administrativos na área. [...] O acordo é apontado pelos defensores da política antitruste no Japão como de grande utilidade para a economia do país, incentivando a coibição de práticas que já não se justificavam por políticas econômicas e industriais e acabavam por impor preços mais altos aos consumidores.²⁴⁷

O acordo firmado, dentre outros, demonstra o interesse, mormente do Estado japonês, em constituir determinada estrutura normativa político-econômica que incentivasse o investimento americano, em primeiro plano, no seu mercado interno. Para tanto, alguns dos requisitos do governo dos EUA era que o Japão adotasse uma política mais rígida frente às chamadas “falhas de mercado”. Os Estados Unidos requeriam, ainda, que o parceiro comercial estabelecesse, futuramente, “diretrizes para a implementação de ações que coibissem o monopólio dos produtores em relação aos distribuidores e diretrizes para a melhoria das práticas comerciais”²⁴⁸ (tradução nossa).

Esse caso, por exemplo, apresenta o interesse de ambos os países em colaborar para uma abertura de mercado mais saudável. Pois, antes do acordo, as empresas domésticas que detinham, individual ou coletivamente, relevante poder de mercado, entravam

247 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.

248 “[...] guidelines for anti-monopoly actions of manufacturers towards distributors, and guidelines for improving trade practices”. COOPER, William H. *Japan-U.S. Trade: the Structural Impediments Initiative*, jul. 1990. *University of North Texas*. 15 mar. 1993. Disponível em: <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metaacrs77/m1/1/high_res_d/93-341e_1993Mar15.txt>. Acesso em: 7 nov. 2014.

em acordo para eliminar da concorrência as empresas estrangeiras – em diversos outros casos, esse movimento ocorria inclusive mediante a supervisão do Estado, autorizando o ato colusivo.

Outra situação que também pode ocorrer, concomitantemente ou não, é a adoção por determinado país de programas políticos destinados à proteção do mercado nacional em face das empresas internacionais, com medidas como aumento de tributo para importação, subsídios e incentivos financeiros discriminados entre a empresa estrangeira e a nacional para o favorecimento desta, prelação às empresas nacionais em processos licitatórios, entre outras.

Essas ações protetivas podem ser decorrência de uma política que adota a chamada “teoria dos campeões nacionais” e se baseia na ideia de orientar as políticas antitruste brasileiras para a criação de grandes conglomerados econômicos nacionais, sendo irrelevante – se não até bem-quista – a consequente constituição de oligopólios domésticos. Assim defende, por exemplo, Giovanni Dosi, professor de economia da Escola de Estudos Avançados de Sant’Anna, em Pisa, na Itália: “Proponho que países emergentes construam oligopólios domésticos capazes de competir com oligopólios estrangeiros, tanto no âmbito nacional quanto no internacional”²⁴⁹. Para os adeptos dessa teoria, não há qualquer contradição entre políticas de defesa da concorrência e a concentração de mercado, principalmente se levado em consideração o mercado global. A esse respeito, o ex-presidente do CADE, Arthur Badin, já demonstrou seu posicionamento:

As crises econômicas são usadas, não raras vezes, como pretexto para que determinados interesses econômicos ou

249 MARTINS, D. Para economista italiano, Brasil deve fortalecer oligopólios nacionais. *Valor Econômico*. 7 nov. 2011. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/1086064/para-economista-italiano-brasil-deve-fortalecer-oligopolios-nacionais>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

políticos subjuguem as regras e as normas de defesa da concorrência. Na década de 1930, o mundo vivia uma situação muito parecida com a atual. Logo após a quebra da Bolsa de 1929, toma posse nos Estados Unidos o presidente Franklin Roosevelt com uma grande expectativa popular e mundial de que resolveria o problema. E quais foram as políticas adotadas nos primeiros anos do New Deal? Protecionismo, limitação do comércio internacional. *O Estado favoreceu a criação de cartéis na economia. [...] [mediante o argumento] de que em momentos de crise é preciso criar grandes campeões nacionais para ganhar mercado no exterior. Isso agravou a crise.* Muitos dizem que essas medidas de diminuição do comércio internacional, e mesmo local, acabaram gerando o agravamento da crise que, no limite, levou à Segunda Grande Guerra.²⁵⁰ (grifo nosso)

Mormente em momentos de crise, o recrudescimento de políticas de fechamento do mercado doméstico e a consequente busca pelo fortalecimento da economia nacional pela criação de campeões nacionais não é, portanto, um caminho adotado pela primeira vez em âmbito global. Mas recentemente, no Brasil, a consolidação desse tipo de política obteve novo impulso quando passou a integrar o programa institucional do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). O presidente do órgão, Luciano Coutinho, pôs em prática a teoria dos campeões nacionais ao apoiar grandes atos de concentração como o da Vale, dos frigoríficos Marfrig e JBS e da empresa de telefonia Oi, mormente durante o governo Lula, vindo a reduzir essa política durante o governo Dilma. Neste sentido, ressalta João Villaverde:

250 H Aidar, R. Na crise, é preciso recrudescer política antitruste. **O CADE na mídia**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e75bab7d94899f63b784d877c9>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

Coutinho informou que a política de “campeões nacionais”, movida por ele havia anos no banco, tinha acabado. A estratégia, cujo embasamento ideológico é seu doutorado na Unicamp, consiste em auxiliar, via crédito subsidiado e participação direta no capital, a formação de grandes grupos nacionais, que cresceriam além das fronteiras do País, servindo de fonte de dólares.

A ideia de apoiar a criação de grupos gigantescos em setores específicos sempre foi alvo da oposição à política econômica do governo, mesmo no PT. Durante o governo Lula, Coutinho diversas vezes buscou o então ministro da Justiça, Tarso Genro, para dirimir dúvidas envolvendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).²⁵¹

A Vale é um dos grandes exemplos de campeã nacional. Como nos informa Marina Amaral:

A Vale, como tantas outras empresas, é isenta de diversos impostos para exportação. Para a mineradora, essa é uma vantagem enorme, mas nem tanto para o país e para os estados de origem da extração mineral, que deixam de ganhar muito dinheiro. No caso dos impostos estaduais, desde 1996, com a aprovação da chamada Lei Kandir (Lei Complementar nº 87), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), principal fonte de arrecadação dos estados, deixa de valer para as exportações de alguns produtos, dentre eles os minerais. Os tributos federais dos quais esses produtos são isentos são: Imposto sobre Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), que pode ter alíquota zero ou ser compensado quando o

251 VILLAVERDE, J. Luciano Coutinho, os campeões nacionais e a LCA. **Jornal GGN**. 23 mar. 2014. Disponível em: <<http://jornalggm.com.br/noticia/luciano-coutinho-os-campeoes-nacionais-e-a-lca>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

exportador contratar operações com derivativos, e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e PIS/Pasep, que podem ser ressarcidos.

São tantas isenções que é difícil calcular quanto o Brasil deixa de arrecadar no total. Mas podemos saber o quanto a Vale recebeu no último ano com a exportação dos chamados *bulks materials*, o carro-chefe da mineradora: minério de ferro, pelotas, manganês, ferroligas e carvão. A receita operacional com as exportações destes produtos foi de US\$ 39,6 bilhões em 2011, cerca de 65% da receita total da mineradora. No mesmo período, a empresa pagou US\$ 1,39 bilhão de impostos sobre vendas e serviços, em todo o mundo.²⁵²

A Vale detém o monopólio no mercado brasileiro de produção e exportação de minério de ferro e, desde o fim do governo FHC e início do governo Lula, ou seja, após sua privatização, diversos atos de concentração impulsionados pela empresa foram parar no CADE, cuja autorização era decorrente. Salientamos, ainda, que a empresa conta com uma estrutura acionária na qual a BNDESPAR, subsidiário do BNDES, conta com 6,7% do total.

Dois aspectos merecem comentário. Em primeiro lugar, o caso nos apresenta a situação delicada em que uma instituição financeira pública (em grande parte sustentada, portanto, pelo dinheiro dos contribuintes) financia o subsídio a uma segunda empresa da qual a primeira é acionária. Em segundo lugar, a isenção de tributos sobre exportação obtida pela Vale torna difícil acreditar na noção de que os campeões nacionais realmente tragam algum benefício ao país de origem. Ademais, o Ministério de Minas e Energia, em documento que traça as perspectivas para o setor

252 AMARAL, M. Quem lucra com a Vale? *Pública*. 30 nov. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/11/quem-lucra-vale/>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

nas próximas duas décadas, através do Plano Nacional da Mineração 2030, anunciou:

A cada emprego na extração mineral, quatro a cinco empregos diretos são gerados nas cadeias de transformação mineral a jusante. A exportação de minérios em forma bruta gera, proporcionalmente, menos emprego e renda, deixando o País mais vulnerável às flutuações dos preços internacionais. *A consequência mais direta é a exportação de empregos e oportunidades em potencial para outros países.*²⁵³ (grifo nosso)

Sendo assim, nem a criação de empregos pode ser levada em consideração como um fator em prol da concentração de poder de mercado e configuração de oligopólios ou, no caso, monopólios. E isso mesmo em setores de tecnologia, que tendem cada vez mais a cortar gastos, especialmente com funcionários, a partir do momento em que adquirem maior eficiência econômica, mormente pela incorporação de novas TICs (Tecnologias de Informação e Comunicação).

Essa teoria dos campeões nacionais, condicionada pelas crises mais recentes, porém, não é exclusiva do Brasil. Joaquim Almunia, vice-presidente da Comissão Europeia, disse a jornalistas que viu “sérios sinais de um crescimento da ameaça protecionista na Europa”²⁵⁴. Nesse sentido, relata a renomada revista *Global Competition Review*:

Os comentários vieram na esteira da oferta que o conglomerado industrial norte-americano General Electric fez para a gigante francesa Alstom, em resposta à qual Paris emitiu um decreto que permite bloquear, em determinados setores, aquisições de empresas francesas por firmas

253 AMARAL, M. Quem lucra com a Vale? *Pública*. 30 nov. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/11/quem-lucra-vale/>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

254 PHILLIPS, H. The European champions league. *Global Competition Review*, v. 17, n. 8, ago.-set. 2014. p. 5.

estrangeiras. A saga envolveu extraordinária intervenção por parte do governo francês, concebida para garantir as melhores condições para uma de suas joias da coroa industrial, resultando em um acordo muito diferente da proposta inicial de aquisição por 12,3 bilhões, feita pela GE. O processo pleno [...] é apenas um exemplo do que os observadores europeus têm testemunhado repetidamente nos últimos meses: *a vulcânica ascensão de sentimentos protecionistas dos governos nacionais, especialmente quando se trata de empresas emblemáticas e de políticas industriais*. Em muitos casos, a dissonância com a regra da concorrência da UE é clara.²⁵⁵ (tradução nossa; grifo nosso)

Arnaud Monteburg, ministro francês da Indústria, chegou a afirmar que as regras de concorrência impostas pela União Europeia teriam que mudar, dada a necessidade de formar campeões.

No Reino Unido, por sua vez, uma grande empresa do setor farmacêutico chamada AstraZeneca recebeu uma proposta de compra vinda da americana Pfizer. Diversas autoridades políticas britânicas exigiram uma intervenção governamental para a proteção da empresa contra a compra, por considerá-la uma campeã nacional. Diante disso, o comentarista econômico Jeremy Warner se posicionou, em artigo ao jornal *The Telegraph*, dizendo que “defender campeões nacionais é um objetivo politicamente sedutor

255 The comments came in the wake of US industry conglomerate General Electric's bid for French manufacturing giant Alstom, in response to which Paris issued a decree that allows it to block foreign takeovers for French firms in certain sectors. The saga involved extraordinary intervention by the French government designed to ensure the best terms for one of its industrial crown jewels, resulting in a deal unrecognizable from the 12.3 billion takeover GE first floated. The fraught process [...] is just one example of what European observers have witnessed repeatedly in recent months: *a volcanic rise in protectionist sentiments from national governments, especially when it comes to flagship companies and industrial policies*. In many cases, the dissonance with EU competition rule is clear. PHILLIPS, H. The European champions league. *Global Competition Review*, v. 17, n. 8, ago.-set. 2014. p. 5.

e populista, mas costuma envolver exclusão, monopólio e protecionismo – princípios que o Reino Unido jamais deve esposar”²⁵⁶.

A publicação inglesa *The Economist* trouxe luz a essa questão criando um indicador, o *domestic density index*, que quantifica o “grau de nacionalidade” de algumas corporações. Para isso, computou dados como receita, número de acionistas e de empregados de diversas empresas importantes, discriminando em cada uma dessas categorias qual era a parcela doméstica, americana, europeia, asiática e de outras partes do mundo. O gráfico resultante está reproduzido abaixo:

256 “[...] standing up for national champions is a politically alluring, populist pursuit, but it usually involves exclusion, monopoly and protectionism. These are not principles that Britain can ever embrace”. WARNER, J. Britain shouldn't rush to save national champions like AstraZeneca. **The Telegraph**. 30 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/jeremy-warner/10796023/Britain-shouldnt-rush-to-save-national-champions-like-AstraZeneca.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

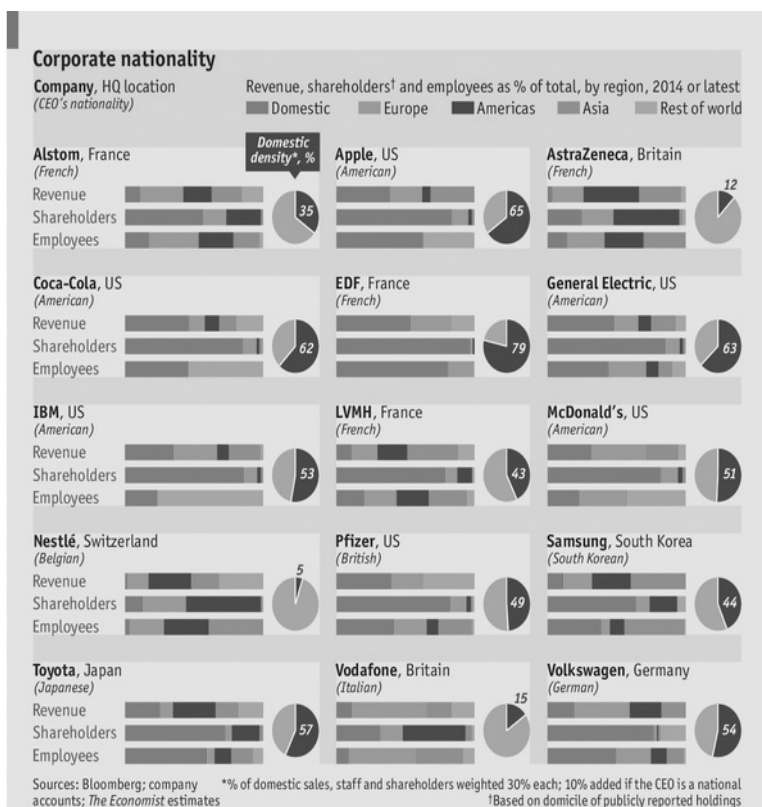


Figura 5 – Nacionalidade das corporações

Os gráficos acima permitem identificar aspectos interessantes, como a difusão mundial da Nestlé em termos de receita, número de acionistas e de empregados, bem como a reduzida receita e a relativamente pequena quantidade de funcionários concentrados nos EUA, no caso da IBM. Especificamente, verifica-se que a AstraZeneca conta com pouquíssimos empregados, acionistas e valores de receita advindos da própria Inglaterra, o que demonstra a falácia argumentativa em proclamá-la como uma empresa que

gere benefícios diretos à nação de origem, como uma campeã nacional supostamente deveria trazer.

A chanceler Angela Merkel, chefe de governo da Alemanha, clamou por uma reforma da lei de concorrência da União Europeia, salientando que, enquanto a China tem três grandes empresas de companhia telefônica, a UE tem 28 e, quando elas tendem a crescer, são ameaçadas de bloqueio pela referida lei. Merkel disse ainda, num evento de seu partido (o CDU, ou Partido Democrata Cristão), que “precisamos atingir um equilíbrio entre o poder de mercado e a concorrência para que possamos marcar presença internacionalmente”²⁵⁷.

Verifica-se, portanto, uma retomada de discursos e ações em prol da teoria dos campeões nacionais, tendo em vista principalmente as recentes crises dos países europeus.

As crises de 2008 e 2011, porém, engendraram nos Estados Unidos um novo conceito: o de empresas “grandes demais para quebrar” (*too big to fail*), direcionado primeiramente para os grandes bancos norte-americanos que entraram em situação de crise e que, com o auxílio do governo, se reergueram. Isso ocorreu sobretudo porque a crise desencadeou um processo de quebra num setor da economia estadunidense – o bancário – em que há uma grande concentração de poder de mercado na mão de poucos, ou seja, um verdadeiro oligopólio. Se esses poucos entrassem em situação de falência, ocasionariam os mais drásticos problemas a todos os cidadãos do país, reverberando para o mundo, já que o mercado se encontra globalizado.

Diante dessa situação, logo após a deflagração da crise, surgiram algumas propostas de dividir em unidades menores os bancos considerados grandes demais para quebrar, fortalecendo na economia os chamados *baby banks*.

257 “[...] a balance needs to be achieved between market power and competition so that we can score internationally”. REUTERS. Germany’s Merkel calls for reform to EU telecoms competition law. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2014/05/07/germany-telecoms-idUSL6N0NT6V620140507>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

Tal ideia se fundou no próprio histórico norte-americano. Em 1911, a então monopolista Standard Oil foi dividida em trinta *baby oils* e, na década de 1980, o país consolidou uma política de quebra do monopólio da empresa AT&T na telefonia, forçando o surgimento dos chamados *baby bells*. Tratava-se de companhias menores que, por deterem pouco ou nenhum poder de mercado, permitiram a entrada de novos competidores, beneficiando, afinal, o consumidor.

Alan Greenspan, ex-presidente do Federal Reserve (ou simplesmente Fed), o Banco Central norte-americano, afirmou que nenhum banco deveria ser grande demais para quebrar. “É um problema fundamental”²⁵⁸. Neste sentido, salientou Milton Gamez em outubro de 2009:

O Plano Obama, que pretende recapitalizar os gigantes financeiros e aumentar a fiscalização do governo sobre eles, não toca no problema dos big banks. Mas o Congresso pode ainda modificá-lo para incluir a proposta dos baby banks, destinada a reduzir o risco sistêmico. *Se isso acontecer, enquanto o Brasil caminha para a concentração bancária, os Estados Unidos [...] podem tomar o rumo contrário.*²⁵⁹ (grifo nosso)

Na mesma trilha, no início de 2010, caminhou a assertiva de Rolfe Winkler:

O tamanho, de fato, não é o único fator que contribui para o risco sistêmico. No entanto, apesar de milhares de falências de bancos durante a crise de poupança e empréstimo, nunca

258 GOMEZ, M. Vêm aí os baby banks? **Isto é Dinheiro**. 21 out. 2009. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoedinheiro-temp/edicoes/628/imprime154047.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

259 GOMEZ, M. Vêm aí os baby banks? **Isto é Dinheiro**. 21 out. 2009. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoedinheiro-temp/edicoes/628/imprime154047.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

houve um risco de colapso sistêmico, porque nenhum banco era grande o suficiente para travar o sistema. [...] *Alguns argumentam que, se encolhessem, grandes bancos eliminaria eficiências. Embora o tamanho possa trazer benefícios de primeira ordem, os acontecimentos recentes mostram que estes são superados pelos custos de resgate de segunda ordem.* [...] Não há dúvida de que seria difícil quebrar grandes bancos, mas nós fizemos algo semelhante antes. Standard Oil e AT & T foram divididos em Baby Oils e Baby Bells. Por que não descobrir uma maneira de dividir em Baby Banks as financeiras grandes demais para falir?²⁶⁰ (tradução nossa; grifo nosso)

Tal debate, portanto, foi retomado com a densa crise financeira de 2008, mas a política de desconcentração bancária não obteve sucesso na prática. Verifica-se, assim, que a lógica liberal impera nos Estados Unidos na forma de um protecionismo da economia visando a manutenção da lógica do livre mercado. Trata-se, porém, de um neoliberalismo, uma releitura do liberalismo clássico, já que interveio para salvaguardar os bancos *too big to fail*, dotando tais agentes econômicos de uma segurança a nosso ver indesejável, pois eles sabem que, se forem quebrar, serão resgatados a qualquer momento pelo poder público.

Ao analisarmos o oligopólio das instituições financeiras nos Estados Unidos e as políticas dos campeões nacionais que ressur-

260 True, size isn't the only factor contributing to systemic risk. Yet despite thousands of bank failures during the savings and loan crisis, there was never a risk of systemic collapse because no bank was large enough to crash the system. [...] Some argue that shrinking big banks would eliminate efficiencies. While size may have first order benefits, recent events show these are outweighed by second order bailout costs. [...] No doubt it would be tough to break up big banks, but we've done something similar before. Standard Oil and AT&T were split into Baby Oils and Baby Bells. Why not figure out a way to split too-big-to-fail financials into Baby Banks? WINKLER, R. Why not baby banks? Reuters. **Analysis & Opinion**. <<http://blogs.reuters.com/rolfe-winkler/2010/01/25/why-not-baby-banks/>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

gem especialmente na Europa – ou até a situação da Vale no Brasil –, verificamos uma participação direta do Estado não só para a permissão da concentração econômica, mas inclusive para a sua promoção. Tal interferência sempre ocorre, a nosso ver, em prol de uma lógica irracional de preservação de uma estrutura tendenciosa do capitalismo de concentração de riqueza. Verificamos, portanto, uma inversão da estatização das empresas: uma privatização do Estado, em que este passa a se submeter cada vez mais intensamente aos ganhos e às perdas inerentes ao jogo do mercado.

A lógica incorporada a forma de se ver e se atuar sobre o mercado deve muito aos critérios de eficiência produtiva, em face das eficiências alocativas, consoante desenvolvido especialmente pela Análise Econômica do Direito, que encontra na Escola de Chicago seus principais defensores. Enquanto a eficiência alocativa volta-se à eficiência “geral dos mercados em levar os fatores de produção aos seus pontos de aplicação ótima”²⁶¹, ou seja, relaciona-se a questões de competitividade no mercado mediante o maior aumento possível da concorrência, a eficiência produtiva se relaciona à “efetiva e melhor coordenação dos fatores de produção pelas empresas, individualmente consideradas”²⁶², ou seja, se relaciona às “economias de escala e outras vantagens decorrentes da realização de maior volume de produção”²⁶³ que são fatores de “redução dos custos de produção e, portanto, do custo unitário de cada bem produzido. Assim, a possibilidade de redução do seu preço daí decorrente tornaria a formação de empresas de maior porte

261 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 182.

262 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 182.

263 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 184.

[...] vantajosa aos consumidores”²⁶⁴. Nesse sentido, nos dizeres de Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

A globalização econômica, conforme foi verificado, produz algumas alterações na dinâmica da concorrência, tais como a alteração do ciclo de produção de vários bens, sujeitos a processos de inovação constante, e a necessidade de recuperação dos investimentos em prazos menores: distribuição das fases produtivas por diferentes áreas geográficas e recrudescimento da disputa por mercados, exigindo aos agentes maior competitividade. Essas mudanças reclamam a reestruturação dos agentes de modo a minimizar custos e maximizar sua produtividade – e, portanto, impõem a inclusão da eficiência produtiva das operações como um elemento importante a ser considerado no Direito da Concorrência, e sobretudo no controle dos atos de concentração. A manutenção da concorrência alocativa, no sentido da prevenção ao monopólio ou aos oligopólios, por sua vez, não perde importância. Ao contrário, entende-se hoje que a existência de concorrência nos mercados domésticos é um fator essencial para estimular a competitividade das empresas e, assim, seu sucesso na concorrência internacional.²⁶⁵

Verifica-se, pois, a importância de se adotar uma estrutura normativa e política que conduza o mercado ao maior equilíbrio possível entre as eficiências alocativas e produtivas, tendo em vista sempre, num primeiro plano, assegurar o bem-estar do consumidor.

264 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 184.

265 NUSDEO, Ana Maria de O. *Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 183.

A globalização confere à economia um dinamismo que, se por um lado promove o encontro de cada vez mais empresas num mesmo mercado nacional, beneficiando o aumento da concorrência, por outro dificulta por demais o controle do abuso do poder econômico e da realização de atos colusivos de grandes conglomerados internacionais que adquirem alto poder de mercado em âmbito internacional, sendo capazes inclusive de influenciar as decisões de países sobre políticas sociais e investimentos públicos, especialmente quando atuam colusivamente e em nações com frágil estrutura institucional.

Por fim, a justificativa da criação, manutenção ou fortalecimento de um mercado oligopolista por conta da necessidade de gerar, mediante atos de concentração, empresas nacionais aptas a concorrer no mercado estrangeiro, não encontra guarida no art. 3º da Constituição Federal (desenvolvimento nacional) ou nos pressupostos e finalidades da ordem econômica constitucionalmente prescritos, tendo em vista a configuração atual do ambiente econômico brasileiro. Como bem salientou a hoje extinta Secretaria de Direito Econômico do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do Ministério da Justiça, no julgamento da Ambev, a caracterização desta “como uma empresa brasileira é um apelo sem sustentação técnica, de caráter publicitário, tentando atrair a simpatia de certos setores sociais para um negócio que *interessa fundamentalmente aos controladores e aos demais acionistas das companhias envolvidas*”²⁶⁶ (grifo nosso). E continua:

[...] a criação de uma multinacional brasileira no setor de bebidas, ou mais especificamente, de cervejas, se acontecer, deve ser decorrência de uma evolução natural dos negócios das companhias em questão e não de um propósito do go-

266 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 181.

verno nacional ou de uma ambição dos consumidores brasileiros, *que nada teriam a ganhar com isso.*²⁶⁷ (grifo nosso)

Outrossim, vale considerar a afirmação da mesma Secretaria de que

Antes de qualquer ponto, é preciso lembrar que o capitalista não age movido por qualquer tipo de emoção. Não há nenhuma abordagem nesse sentido na teoria econômica. Além disso, hoje, a ligação entre o capital e os Estados nacionais é cada vez mais tênue. O planeta está repleto de paraísos fiscais nos quais empresas são criadas sem que ninguém saiba ou indague a origem do dinheiro. Proliferam em todo o mundo estudos demonstrando a fragilidade dos governos diante da mobilidade dos capitais, sem que ninguém, até o momento, tenha encontrado meios para controlar esse fluxo. Logo, *nada impede que, em futuro próximo, os controladores da Ambev, diante de um investimento mais atraente ou de uma boa oferta, se desinteressem do negócio e o vendam a um capitalista estrangeiro* [De fato, em março de 2004 surgiu a InBev pela fusão entre a Ambev e a cervejaria belga Interbrew]. Não há nada que os impeça de fazer isto no momento em que o desejarem. Além disso, uma empresa com as dimensões e a higidez financeira da Ambev seria certamente cobiçada por grandes grupos internacionais, mormente se desfrutasse de uma posição quase monopolista num mercado com as dimensões do brasileiro, o quarto do mundo em consumo de cervejas.²⁶⁸ (grifo nosso)

Tais assertivas corroboram o entendimento de que não há, atualmente, qualquer fundamento plausível para assentar argu-

267 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 182.

268 Parecer SDE, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. p. 180, 181.

mentos favoráveis à constituição de grandes conglomerados econômicos cuja consequência seria o fortalecimento de um oligopólio em âmbito nacional, visando a competitividade de empresas nacionais no mercado estrangeiro.

Entendemos, decerto, a prescrição constitucional de proteção do desenvolvimento nacional e das empresas brasileiras, com o avanço destas no cenário globalizado. Porém, para tanto, faz-se necessária a devida solidificação das eficiências alocativas num mercado interno dotado de competitividade, a fim de atender os interesses dos consumidores nacionais em sua dignidade, prioridade de esta já definida pelo artigo 170 da Constituição.

De fato, não há um conjunto de regras de caráter sancionatório em matéria de defesa da concorrência no âmbito internacional. Entretanto, um precedente de tentativa de elaboração de normas vinculativas vale ser referido.

A International Trade Organization (ITO), que foi criada no início de 1948 pela Carta de Havana durante a United Nations Conference on Trade and Employment, em Cuba, tinha como um de seus objetivos, especialmente no seu Capítulo V – Restrictive Business Practices, tratar de algumas práticas negociais que afetassem o mercado internacional (como restrição à competição, limitação de acesso aos mercados, criação de controle monopolista), sempre que tais práticas tivessem efeitos prejudiciais à expansão da produção ou do mercado e interferissem no alcance de qualquer um dos objetivos estabelecidos no artigo 1º. Este determinava, entre outras coisas, que o mercado contribuísse para o balanço e a expansão da economia mundial, que fosse dada assistência para a indústria e o desenvolvimento econômico geral especialmente àqueles países que ainda estivessem em fases iniciais de desenvolvimento industrial, que fosse promovido o aproveitamento por todos os países, em termos iguais, de acesso aos mercados, produtos e instalações produtivas necessários ao seu desenvolvimento

e à sua prosperidade econômica, e que fosse promovida também, numa base recíproca e mutuamente vantajosa, a redução de tarifas e outras barreiras ao mercado, bem como a eliminação do tratamento discriminatório em relação ao comércio internacional.

Porém, como salientam Daniel Drache e Lesley A. Jacobs,

A Carta de ITO enfatizou a liberalização de mercado, mas dentro do perímetro dos direitos internacionais sociais e econômicos. Ele abordou, entre outras coisas, governança cooperativa multinacional, padrões trabalhistas e a estabilidade de preços de alimentos. O Senado norte-americano nunca ratificou o acordo, e o ITO entrou em colapso no início de 1950. GATT continuou a regular o mercado internacional até que fosse substituído pela WTO em 1994.²⁶⁹ (tradução nossa)

Assim, a ITO permanece até hoje a organização mais completa elaborada sobre um Código internacional antitruste.

Depois dela, surgiu em maio de 1980 a *Set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices*, adotada pela Assembleia Geral da ONU e negociada sob os auspícios da U.N. Conference on Trade and Development – UNCTAD –, que é não vinculativa. Como informa o Trade and Development Board – Intergovernmental Group of Experts on Restrictive Business Practices – da UNCTAD,

269 “The ITO Charter emphasized trade liberalization but within the perimeters of international social and economic rights. It addressed, among other things, multinational corporate governance, labor standards, and the stability of food prices. The U.S. Senate never ratified the agreement, and the ITO collapsed in the early 1950s. GATT continued to regulate international trade until it was replaced by the WTO in 1994”. DRACHE, D.; JACOBS, L. A. Introduction: Emerging Policy Spaces During Global Economic Crises. In: Daniel; JACOBS, Lesley A. (ed.) **Thinking global trade and human rights. New policy space in hard economic times**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 7.

O primeiro objetivo do conjunto [supradenominado] de princípios e regras é garantir que práticas restritivas de negócios não impeçam ou neguem a obtenção de benefícios que pudessem surgir da liberalização de tarifa ou barreiras não tarifárias que afetam o mercado mundial e, particularmente o mercado e o desenvolvimento de países em desenvolvimento. Ele também procura alcançar uma maior eficiência no mercado e no desenvolvimento internacional através, *inter alia*, de *promoção da concorrência, controle de concentração do poder econômico e encorajamento da inovação. Além disso, em geral, destina-se a proteger e promover o bem-estar social e, em particular, os interesses dos consumidores.*²⁷⁰ (tradução nossa; grifo nosso)

Cabe ainda nos referirmos às Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência, lançada em 1998 em parceria do Banco Mundial com a Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica – OCDE. Também não vinculativas, as ditas Diretrizes, consoante salientado por Gesner Oliveira na edição brasileira, têm como objetivo “a elaboração de roteiros úteis para organizar a análise de condutas anticoncorrenciais,

270 The Set's first objective is to ensure that RBP's do not impede or negate the realization of benefits that should arise from the liberalization of tariff and non-tariff barriers affecting world trade, particularly those affecting the trade and development of developing countries. It also seeks to attain greater efficiency in international trade and development through, *inter alia*, promoting competition, control of concentration of economic power and encouragement of innovation. Moreover, it aims at protecting and promoting social welfare in general and, in particular, the interests of consumers. ONU. United Nations Conference on Trade and Development. Trade and Development Board. Intergovernmental Group of Experts on Restrictive Business Practices. **Competition policy and restrictive business practices**. 29 jan. 1006. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/tbrbpinf36.en.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2014, p. 10, 11.

fusões e aquisições e verificação de eficiências”²⁷¹. Sendo assim, “tais roteiros podem ajudar na elaboração de guias para os administrados e o público em geral acerca dos critérios utilizados pelas autoridades na apreciação dos processos de conduta ou de concentração”²⁷².

O Brasil, como diversas outras nações, ratifica vários convênios, acordos de cooperação e outros documentos semelhantes junto a agências e demais entidades governamentais de outros países, com a intenção de promover normativas conciliadoras que auxiliem os respectivos países participantes a concretizar ações em benefício da identificação de condutas anticompetitivas internacionalmente estruturadas e da coordenação e aplicação de sanções.

Por exemplo, temos o “Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados-Partes do MERCOSUL para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência”. Adotado pela Decisão nº 04/04 do Conselho do Mercado Comum, órgão do Mercosul, o documento enuncia normas considerando, entre outros aspectos, a “necessidade de promover a efetiva aplicação da legislação nacional de concorrência dos Estados-Partes, por meio da cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência”.

Segundo esse entendimento, as partes entendem “que é de interesse recíproco resguardarem-se das Práticas Anticompetitivas que possam ocorrer ou se manifestar no território de uma Parte e que afetem o funcionamento eficiente dos mercados de outra Parte” (art. IV, 2). Além disso, devem ser levados em consideração os interesses fundamentais dos países envolvidos, consoante o art. VI:

271 KHEMANI, R. Shyam. (diretor do projeto). **Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 7.

272 KHEMANI, R. Shyam. (diretor do projeto). **Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 7.

Cada Parte deverá, conforme sua legislação e na medida em que seja compatível com seus interesses fundamentais, assegurar a cuidadosa consideração dos interesses fundamentais das outras Partes, em todas as etapas de suas Atividades de Aplicação, incluindo as decisões relacionadas com o início de uma investigação ou procedimento, a ampliação de uma investigação ou procedimento e a natureza das medidas legais ou penalidades propostas em cada caso.

No mesmo sentido caminha a redação do Decreto nº 4.702, de 2003, que instituiu o Acordo de Cooperação entre o governo da República Federativa do Brasil e o dos Estados Unidos da América. O documento enuncia, *e. g.*, a proposta de compartilhamento de informações para facilitar a aplicação das leis de defesa da concorrência, podendo também um país prover ou requerer assistência recíproca²⁷³.

273 Artigo III – Cooperação na Aplicação das Leis: 1. As Partes concordam que é de interesse comum cooperar para a identificação de Práticas Anticompetitivas e para a aplicação de suas Leis de Concorrência, além de compartilhar informações que irão facilitar a efetiva aplicação dessas leis e promover o melhor entendimento das políticas e atividades de cada uma delas na aplicação das Leis de Concorrência, na medida em que sejam compatíveis com suas leis e importantes interesses, e dentro de seus recursos razoavelmente disponíveis. 2. Nada neste Acordo impedirá as Partes de requerer ou prover assistência recíproca, ao amparo de outros acordos, tratados, arranjos ou práticas entre eles.



Conclusão

Pretendemos haver indicado nesta obra o caminho para uma abordagem do oligopólio, em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da matéria atinente à defesa da concorrência, na identificação de argumentos impeditivos, na grande maioria dos casos, de sua configuração no mercado brasileiro.

Debruçamo-nos sobre a questão da colusão tácita por ser uma situação que demonstra claramente a dificuldade de se cogitar como lícita a configuração de um mercado em situação de oligopólio. Afinal, a partir do momento em que este é uma realidade, o “paralelismo consciente”, é ação dos agentes econômicos que efetivamente leva, de forma mais vantajosa, à obtenção de lucro, objetivo este que não pode ser negado em um ordenamento capitalista de mercado.

Outrossim, com os instrumentos que o Estado detém, é difícil – se não impossível – obstar a economia de buscar melhores resultados financeiros através da colusão tácita. Por isso, defendemos que se deve evitar a configuração de mercado que a pré-determina, qual seja, o oligopólio.

Além disso, importa-nos esclarecer que o Estado nacional de Intervenção Necessária requer observância dos ditames constitucionais da ordem econômica, e disso não escapam as análises realizadas no CADE e em todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Para tanto, utilizamos os termos da Análise Econômica do Direito. De acordo com essa escola tão difundida no mundo e cujos parâmetros doutrinários são referência para os exegetas brasileiros da concorrência, teoricamente, as eficiências alocativa e produtiva têm de ser consideradas na tentativa de garantir-se um equilíbrio entre ambas, visando sempre o bem-estar do

consumidor. Porém, ao observarmos especialmente a doutrina de Robert Bork e Richard Posner, dois dos principais expoentes desta Escola, verifica-se uma tentativa em se desconsiderar a colusão tácita como fruto direto do oligopólio, ou, ainda mais, - mormente em Bork – como não passível de sanção. Sendo assim, entendemos que a doutrina da Análise Econômica do Direito ou age em desconsideração com dita forma de ato colusivo, por entender por sua inexistência, ou adota complexas e longas listas de pré-requisitos para sua identificação (e. g., Posner e Gico Junior). Sendo assim, entendemos que acaba por privilegiar, apesar de ressaltarem o contrário, a eficiência produtiva em face da eficiência alocativa.

Outrossim, há grande auxílio em instrumentos que pode nos fornecer tal teoria no que diz respeito aos atos de concentração e às falhas de mercado, principalmente em relação às ideias expostas por Ronald Coase relativas ao direito de propriedade e às resoluções alternativas de conflito, e ainda à tentativa válida de se dotar a análise das agências de uma lógica menos abstrata e mais eficiente. Porém, é necessária uma readequação para que seus pressupostos e conclusões sejam legitimados consoante os ditames da Constituição Federal, ao dever-ser de considerar não somente as ditas eficiências, mas também a finalidade da regência jurídica pátria da economia: garantir existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

Por isso, a concretização do conceito de justiça (mediante a dignidade humana e a proporcionalidade) merece guarida, servindo também de instrumento para a efetivação de uma defesa da concorrência que esteja legitimada sob os auspícios da Carta Magna de 1988.

Sendo assim, à guisa de conclusão, elencamos seis propostas-diretrizes que em nosso entender podem servir de guia para a consolidação de políticas em conformidade com o Estado constitucional brasileiro de Intervenção Necessária. São elas:

1) Incentivo às pequenas e médias empresas, mediante: (i) no âmbito repressivo, decisões que determinem (a) a alienação de

parte relevante dos ativos das empresas com alto grau de poder de mercado, em ambientes oligopolistas, para empresas que pudessem ser consideradas competidoras capazes de sustentar a marca (análise a ser feita pelo CADE, com as consultas às partes interessadas) e com menos de 20% do mercado relevante; e **(b)** o compartilhamento de informações das empresas que façam parte do grupo oligopolista (e detenham, juntas, alta porcentagem do mercado relevante e, separadamente, mais de 20% do mercado relevante) com as demais empresas do setor, na medida do razoável, sob a supervisão do CADE (a fim de evitar troca indevida e desvinculada dos objetivos da decisão), com o objetivo de minorar o desequilíbrio tecnológico e informacional, envolvendo métodos de logística de distribuição e armazenamento de produtos, dentre outros, para um maior equilíbrio estrutural e performático, sempre com ponderação e razoabilidade (para não haver repasse exacerbado de eficiências). **(ii)** no âmbito preventivo: a mesma medida acima, só que, nesse momento, em outro contexto, ou seja, a alienação de parte *relevante* dos ativos da empresa referente ao ato de concentração a ser aprovado com restrições, para empresas que pudessem ser consideradas como competidoras capazes de sustentar a marca (análise a ser feita pelo CADE, com as consultas às partes interessadas), e com menos de 20% do mercado relevante em setores de oligopólio, com alto grau de concentração de poder econômico.

2) Controle efetivo, no âmbito preventivo, sobre o aviltamento dos oligopólios, mediante decisões mais rígidas no que concerne aos atos de concentração em análise (vale salientar que todos aqueles sob a supervisão do CADE são, por natureza, atos de grande porte – art. 88, I e II, Lei 12.529/11).

3) Incentivo, também pela advocacia da concorrência (nesse caso, competência da SEAE), de *joint ventures* e outros contratos de mesma natureza, *visando o mercado internacional*, entre as grandes empresas oligopolistas que desejem a concentração, garantindo-se, assim,

a possibilidade de competitividade internacional e, ao mesmo tempo, a manutenção e o desenvolvimento da concorrência doméstica.

4) Estudo (com a conseqüente aplicação) sobre o equilíbrio ideal, consoante o mercado relevante em análise, entre a possibilidade de abertura à importação (para que a concorrência com as empresas estrangeiras estimule a competitividade no mercado interno) e a possibilidade de proteção às empresas brasileiras em face do mercado alienígena, a fim de evitar concorrência por demais desleal. Essa proteção se daria pela restrição à entrada no país das empresas internacionais, *e. g.*, via controle das tarifas de importação, ou até dos juros de empréstimo de instituições como o BNDES.

5) Inserção mais clara e objetiva nas análises do CADE do objetivo último da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, qual seja, dignidade a todos conforme os ditames da justiça social, a fim de garantir o sopesamento proporcional, na forma de adensamento dos direitos humanos, dos efeitos dos atos de concentração na mais ampla quantidade possível de fatores, deletérios ou benéficos, dele conseqüentes.

6) Introdução de métodos de mediação e resoluções alternativas de conflito para a correção das (possíveis) falhas de mercado e externalidades negativas dos atos de concentração, através da assunção do direito de propriedade e sua respectiva função social, com observância ao princípio do não retrocesso social e dos direitos humanos, em prol da dignidade humana a todos.

É claro que essas propostas não podem caminhar sozinhas. Deve haver também uma estruturação governamental em prol de uma política de Estado que conduza programas de incentivo à defesa da concorrência em esferas que não são de competência direta do CADE.

Referências Bibliográficas

ABRANTES, Maria Luísa. **A teoria dos jogos e os oligopólios. Abordagem.** Disponível em: <<http://www.uspleste.usp.br/rvivalente/TeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

AFONSO, Túlio Augusto T. **Busca do pleno emprego e a proteção contra a despedida arbitrária: possibilidades de afirmação da cidadania.** 2005. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Mackenzie, São Paulo, 2005.

AMARAL, M. Quem lucra com a Vale? **Pública.** 30 nov. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/11/quem-lucra-vale/>>. Acesso em 16 nov. 2014.

ANDERS, E. C. Título VII: Do controle de concentrações. Capítulo I: Dos atos de concentração. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARRUDA JUNIOR, Antonio Carlos M. de. **Capitalismo Humanista & socialismo: o Direito Econômico e o respeito aos Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2014.

AVERBUG, André. **Abertura e integração comercial brasileira na década de 90.** Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Comercio_Exterior/199910_7.html>. Acesso em: 10 ago. 2014.

AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation.** New York: Basic Books, 2006.

AZUMA, João Carlos. **O Pacto Global das Nações Unidas: uma via para a responsabilidade das empresas pela concretização dos direitos humanos**. 2014. 164 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BAGNOLI, V. Capítulo II: Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROS, G. Ambev venderá a Bavária em novembro. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 7 set. 2000. Caderno Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0709200018.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico**. São Paulo: Boitempo, 2005.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1993.

BORK, R.; BOWMAN Jr. W. S. The crisis in antitrust. **Fortune**, dez. 1963, p. 138-201.

BUCCIROSSI, P. Oligopoly and tacit collusion: characterization, detection, proof and remedies. In: CORDOVIL, Leonor (Coord.) **Revista do IBRAC. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, n. 17, jan.-jun. 2010.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Delimitação de Mercado Relevante**. Versão Pública. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) Grupo de Trabalho de Métodos em Economia (GTME – GT nº 3). Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2014.

CADE. Assessoria de Comunicação. **Cade terá nova estrutura a partir de 29 de maio**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?84b746d32de239fa0f3c0c5bf45d>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

_____. **Nota oficial**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?79cc5dac44d92ef5004de77bd6>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

CADE; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). **Defesa da concorrência no Judiciário**. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

CAIXETA, Nely. Um acesso de xenofobia no Cade?. **Exame**, 16 jul. 1997. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0640/noticias/um-acesso-de-xenofobia-no-cade-m0053252>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. 6^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Vinícius M. de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. (Coord.) **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), 2013.

CARVALHO, V. M. de. Poder econômico e defesa da concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira. In: GUEDES, Jefferson C.; NEIVA, Juliana S. M. (Coord.). **Publicações da Escola da**

AGU: debates em Direito da Concorrência. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011.

_____. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASTANHATO, Camila. **Liberdade.** 2013. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado.** 1974. Disponível em: <<https://we.riseup.net/assets/71282/clastres-a-sociedade-contra-o-estado.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2014.

COASE, Ronald H. **O problema do custo social.** Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C31/03) apud TAUFIK, Roberto D. **Nova lei antitruste brasileira – A Lei 12.529/2011 comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

COMTE-SPONVILLE, André. **O capitalismo é moral?: sobre algumas coisas ridículas e as tiranias de nosso tempo**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

CONSIDERA, C. M. A defesa da concorrência no Brasil. A história da concorrência brasileira é marcada pela intervenção estatal. **FAE Business**, n. 4, dez. 2002.

COOPER, William H. Japan-U.S. trade: the Structural Impediments Initiative, jul. 1990. **University of North Texas**. 15 mar. 1993. Disponível em: <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs77/m1/1/high_res_d/93-341e_1993Mar15.txt>. Acesso em: 7 nov. 2014.

CORDOVIL, Leonor. Capítulo II: Das infrações. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOJ – DEPARTMENT OF JUSTICE (Estados Unidos). **Herfindahl–Hirschman Index**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

DRACHE, D.; JACOBS, L. A. Introduction: Emerging Policy Spaces During Global Economic Crises. In: Daniel; JACOBS, Lesley A. (ed.) **Thinking Global Trade and Human Rights. New Policy Space in Hard Economic Times**. New York: Cambridge University Press, 2014.

DRAGO, B. Proteção à concorrência: Cade deve ficar atento para o efeito dos oligopólios. **Conjur.** 21 out. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-out-21/cade_ficar_atento_efeitos_oligopolios#author>. Acesso em: 5 nov. 2014.

_____. A perspectiva do Law & Economics aplicada à responsabilidades especiais dos agentes econômicos dominantes – Eficiência e concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 21, jan.-jun. 2012.

DUARTE, Juliana F. A. **Teoria jus-humanista multidimensional do trabalho sob a perspectiva do capitalismo humanista.** 2014. 160 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

DUTRA, Pedro (Org.). **Conversando com o Cade.** São Paulo: Singular, 2009.

ELHAUGE, E. Harvard not Chicago: which antitrust school drives recent U.S. supreme court decisions? **Competition Policy International**, v. 3, n. 2, 2007.

FARINA, E. M. M. Q. Teoria econômica, oligopólios e política anti-truste. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 6, abr.-jun. 2005.

FENABRAVE. **Índices e números.** Disponível em: <<http://www3.fenabreve.org.br:8082/plus/modulos/listas/index.php?tac=indices-e-numeros&idtipo=1&layout=indices-e-numeros>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio S. Indício e prova de cartel. **Estudos – Documentos**, n. 24, 2 fev. 2012. Reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR), realizada em 27 de março de 2003, na sede da FIESP/CIESP. Disponível em:

<<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/116>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo**, v. 4, n. 6, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/88>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

_____. O conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre o abuso do poder econômico. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 9, p. 192-201, out.-dez. 1994. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/138>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

FOER, Albert. Putting the Antitrust Modernization Commission into perspective. **Buffalo Law Review**, n. 51, p. 1029-1051. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/files/292e.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 139, jul.-set. 2005.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FTC – FEDERAL TRADE COMMISSION (EUA); DOJ – DEPARTMENT OF JUSTICE (EUA). Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, 2006 apud TAUFIK, Roberto D. **Nova lei antitruste brasileira – a Lei 12.529/2011 comentada**

e a análise prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

GEOFFROY, Ricardo C. **Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas.** V Prêmio SEAE 2010. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios-2014/9o-premio-seae-2014/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores-premio-seae>>. Acesso em 01 dez. 2014.

GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão.** São Paulo: Lex Editora, 2006.

GOMES, Ciro. Exposição de motivos do substitutivo apud TAUFIK, Roberto D. **Nova lei antitruste brasileira – a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

GOMEZ, M. Vêm aí os baby banks? **Isto é Dinheiro.** 21 out. 2009. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoedinheiro-temp/edicoes/628/imprime154047.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Haidar, R. Na crise, é preciso recrudescer política antitruste. **O Cade na mídia.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e75bab7d94899f63b784d877c9>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

HAYEK, Friedrich A. **O caminho da servidão.** 6ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HYLTON, Keith N. **Antitrust Law: economic theory and common law evolution.** New York: Cambridge University Press, 2003.

INOUYE, Giselle A. **Efetividade dos direitos humanos: a sociedade civil e os writs constitucionais**. 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

ISHIKAWA, Lauro. **O direito ao desenvolvimento como concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2008. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

_____. **Cooperação internacional para desenvolvimento na satisfatividade da dignidade geral da pessoa humana**. 2011. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

KAPLOW, Louis. **Competition policy and price fixing**. Princeton: Princeton University Press, 2013. E-book.

KHEMANI, R. Shyam. (diretor do projeto). **Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2003.

KOVACIC, William. The intellectual DNA of modern U. S. competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double-helix. **Columbia Business Law Review**, v. 1, n. 1, p. 1-80, 2007. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/public-statements/2007/01/intellectual-dna-modern-us-competition-law-dominant-firm-conduct>>. Acesso em 5 nov. 2014.

LANDE, R. H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. **Revista de Direito Econômico**, n. 23, abr.-jun. 1996.

MAGALHÃES, José Carlos de. aplicação extraterritorial da legislação antitruste. In: CONGRESSO JURÍDICO BRASIL-ALEMANHA, 9., 9-10 nov. 2000, Florianópolis. **Anais...** São Paulo: Sociedade de Estudos Jurídicos Brasil-Alemanha (SEJUBRA); Instituto Brasileiro de Direito Tributário da USP (IBDT), 2000. Disponível em: <http://www.sejubra.org.br/9/Confer%C3%A2ncia%20Prof.%20Magalh%C3%A3es.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2011.

MALLARD, N. T. Ato de Concentração N° 41/95 Hoechst do Brasil, Química e Farmacêutica S.S. e Rhodia S. S. (Fairway). **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 61-138, jan. 1997.

MARTIGNAGO, Gisella. **Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial**. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARTINS, D. Para economista italiano, Brasil deve fortalecer oligopólios nacionais. **Valor Econômico**. 7 nov. 2011. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/1086064/para-economista-italiano-brasil-deve-fortalecer-oligopolios-nacionais>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

MATTOS, Cesar. Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 5, p. 7, 1998 apud CORDOVIL, L. Capítulo II: Das infrações. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATSUSHITA, Thiago L. **Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica**. 2007. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. **O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade**. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. A verificação do tridimensionalismo do Direito Econômico na regra matriz da ordem econômica. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord.); CAMILLO, Carlos Eduardo N.; SMANIO, Gianpaolo P. (Org.). **60 desafios do Direito. Direito na sociedade contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2013. Vol. 1, p. 21-29.

MATSUSHITA, T. L., SAYEG, R. H. O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano Tridimensional. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFBA, 17., 19-21 jun. 2008, Salvador. **Anais...** Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), 2008, p. 2395-2416. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_hasson_sayeg.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2014.

MURIS, Timothy J. State intervention/State action – a U.S. perspective. In: FORDHAM ANNUAL CONFERENCE ON INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, out. 2003, Nova York. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/state-intervention/state-action-u.s.perspective/fordham031024.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2014.

NEAL, Phil C. The Neal Report. Report of the White House Task Force on antitrust policy. jul. 1968.

NUSDEO, Ana Maria de O. **Defesa da concorrência e globalização econômica (O controle da concentração de empresas)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OCDE – ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. OCDE; IDB, 2010. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Glossary of industrial organization economics and competition law**. OECD. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João G. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PHILLIPS, H. The European champions league. **Global Competition Review**, v. 17, n. 8, ago.-set. 2014.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson V. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1997.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Antitrust law**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. E-book.

_____. **Economic analysis of law**. 7. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2007.

_____. **Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law**. 4 set. 2001. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2014.

POSSAS, Mario Luiz. **Estruturas de mercado em oligopólio**. São Paulo: HUCITEC, 1990.

RAMIREZ, Edith. Core competition agency principles: lessons learned at the FTC. **ANTITRUST IN ASIA CONFERENCE**. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW AND EXPERT ADVISORY COMMITTEE OF THE ANTI-MONOPOLY COMMISSION OF THE STATE COUNCIL. mai. 2014, Pequim. Disponível em: <http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/314151/140522abachinakeynote.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2014.

REUTERS. Germany's Merkel calls for reform to EU telecoms competition law. **Reuters**. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2014/05/07/germany-telecoms-idUSL6N0NT6V620140507>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

REUTERS. Vivo e GVT têm sobreposição em 20 municípios de SP. **Exame.com**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/vivo-e-gvt-tem-sobreposicao-em-20-municipios-de-sp>>. Acesso em 06 mai.2015.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica.** São Paulo: Elsevier, 2009.

RODAS, João G. (palestrante). **Seminário sobre Compliance e Defesa da Concorrência.** CADE, EMAG, CEDES, AJUFE. São Paulo, 28 ago. 2014.

RODRIGUES, Bruno L. **Direito da concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica. Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias.** 2006. 323 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006.

ROMERO, A. P. B. As restrições verticais e a Análise Econômica do Direito. **Revista Direito GV** 3, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 11–36, jan.-jun. 2006.

ROSENBERG, L. P. Cadê o Cade?. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 fev. 1997. Caderno Dinheiro.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo D. **Direito social, regulação econômica e crise do Estado.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SAMPAIO, Patrícia Regina P. **Regulação e concorrência – a atuação do CADE em setores de infraestrutura.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, I. W. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007.

SAUAIA, A. C. A.; KALLÁS, D. Cooperar pelos lucros ou competir pelo mercado? O conflito do oligopólio tratado em um jogo de empresas. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO – ENANPAD, 28., 2004, Curitiba. **Anais...** Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração (ANPAD), 2004.

SILVA, Thiago de C. e S. **Aspectos econômicos e sociais do desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro e o critério jurídico de apropriação do conhecimento humano**. 2013. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

TAVARES, André R. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION (USA). **Horizontal Merger Guidelines 2010**. 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2014.

VALOR Econômico. Pão de Açúcar cresce mais que concorrentes e lidera ranking do setor. **Valor Econômico**. 26 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3495866/pao-de-acucar-cresce-mais-que-concorrentes-e-lidera-ranking-do-setor>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

VASCONCELOS, S. P.; RAMOS, F. de S. A regulação de colusão tácita: problemas de detecção e alternativas para o método de inferência. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 32, p. 807-821, nov. 2001. Número especial.

Rodrigo de Camargo Cavalcanti

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da concorrência**. Forense: Rio de Janeiro, 1993.

VILLAYERDE, J. Luciano Coutinho, os campeões nacionais e a LCA. **Jornal GGN**. 23 mar. 2014. Disponível em: <<http://jornal-ggn.com.br/noticia/luciano-coutinho-os-campeoes-nacionais-e-a-lca>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006.

WARNER, J. Britain shouldn't rush to save national champions like AstraZeneca. **The Telegraph**. 30 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/jeremy-warner/10796023/Britain-shouldnt-rush-to-save-national-champions-like-AstraZeneca.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

WINKLER, R. Why not baby banks? **Reuters**. Analysis & Opinion. <<http://blogs.reuters.com/rolfe-winkler/2010/01/25/why-not-baby-banks/>>. Acesso em: 16 nov. 2014.