

OS ESCOPOS SOCIAIS DO DIREITO ANTITRUSTE

*Carlos Jacques Vieira Gomes*¹

“No Estado Social de Direito a justiça social não deriva espontaneamente do livre jogo da autonomia privada, mas sim de intervenções conformadas da sociedade”.

*Luís Cabral de MONCADA*²

Introdução

Discutir a existência de escopos não-econômicos para o direito antitruste, tema objeto deste artigo, constitui o corolário de três elementos.

Primeiro, decorre da identificação das normas antitruste como normas de direito econômico, as quais devem ser concebidas, portanto, enquanto instrumento de políticas públicas.

Segundo, diz respeito à percepção de que o *conteúdo* de tais políticas públicas deve, sempre, coincidir com os valores e objetivos (liberais e intervencionistas) reconhecidos pela *Ordem Econômica* positivada na Constituição de 1988, estatuto *conformador* da realidade econômica e social.

Terceiro, como consequência dos anteriores, refere-se à noção de que o Direito, enquanto ciência, não foi (e nunca será) colonizado pela Economia, porque não poderá ser reduzido à mera condição de instrumento regulador de falhas de mercado.

Ao contrário, valores sociais e políticos permeiam a própria concepção do Direito, o que lhe confere o relevante papel de *distorcer*, na intensidade que for necessária, os mecanismos de mercado, com o intuito de promover a *justiça social*.

¹ Mestre em Direito e Estado pela Unb, Especialista em Regulação de Telecomunicações pela UnB, Bacharel em Direito pela USP, Professor de Direito Econômico da FD/UnB e UCB, Professor de Direito Comercial do IESB e UCB. Assessor de Ministro do STJ.

² Direito econômico, p. 50.

Calixto SALOMÃO FILHO³, com propriedade, critica a visão de que a intervenção estatal na economia deve estar fundada apenas na busca de imperativos econômicos, isto é, de correção das chamadas falhas de mercado, com o fito de maximizar a eficiência produtiva da sociedade: *“Essa concepção é contrária a tudo que a aplicação do Direito procurou atingir em seus mais de 2.000 anos de história. A busca de organização do sistema social com base em valores éticos e humanísticos é uma conquista humana social. (...) Importa apenas dar prevalência à força sistematizadora do Direito, organizando as idéias em função de endereços éticos, morais e constitucionais, e não de imperativos econômicos”*.

A este respeito também anotam Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES⁴, para quem a racionalidade jurídica não se reduz à econômica: *“Do ponto de vista microeconómico, o direito é frequentemente encarado como um obstáculo ou como um elemento, entre outros, do contexto ou da estratégia de decisão dos agentes económicos. As conseqüências da sua eventual violação por parte destes são mesmo objecto de um complexo cálculo de probabilidades e de um cálculo de risco económico. Por outro lado, os poderes públicos privilegiam, não raro, a faceta organizativa da técnica jurídica posta ao serviço das políticas macroeconómicas do Estado, sejam elas de regulação ou de desregulação. Tais perspectivas instrumentais, presentes em muitos estudos económicos, são porventura importantes do ponto de vista da política do direito (ou da política tout court), mas são redutoras e deformadoras da natureza e função do Direito Económico, se não mesmo do Direito no seu conjunto. O jurista sempre sublinhará que a evolução da economia tornou patente a existência de uma certa tensão entre valores quantitativos e qualitativos, entre valores económicos (eficácia, eficiência, relação custo-benefício, concorrência) e valores jurídicos ou valores extra-económicos juridicamente protegidos (segurança, justiça social, direitos dos trabalhadores e dos consumidores, interesse geral, solidariedade, qualidade ambiental, etc.). O Direito, produto cultural por excelência, surge assim como uma instância reguladora, dotada de uma racionalidade irredutível à pura racionalidade económica”*. E adiante continuam: *“É, no entanto, por não abdicar de uma valoração não estritamente económica da realidade económica e da consideração de interesses não especificamente económicos que é possível*

³ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, pp. 11-2.

⁴ Direito económico, pp. 18-20.

falar do Direito Econômico como disciplina jurídica (e como ramo de direito) e não como disciplina econômica. A Economia, nas suas diversas componentes, surge aqui como a ciência auxiliar por excelência do Direito Econômico”.

Também para Jeffery L. HARRISON⁵, os valores sociais e políticos que o Direito busca tutelar, em especial o direito antitruste, não podem ser afastados (‘compensados’) em razão de imperativos econômicos: *“Como as palavras no dicionário, alguns valores são, sem dúvida, hierarquizados de tal forma que eles não podem ser trocados por valores ou fontes de utilidade que se encontram em níveis diferentes. Isso significa dizer que conceitos como “compensação” e “incentivos” podem ser mais complexos do que a teoria econômica convencional parece indicar. Isto é particularmente importante na aplicação de conceitos econômicos no campo do Direito, porque o Direito é composto por muitos desses valores”.*

Assim considerado, o direito antitruste não apenas recebe contribuições da teoria econômica, com o fito de identificar os seus escopos, mas também a conforma, a partir de valores outros, sociais e políticos, dignos de tutela.

Nesse contexto, o presente artigo buscará identificar, dentre os escopos do direito antitruste, aqueles de feição social, em atenção aos princípios informadores da Ordem Econômica e também da Ordem Social brasileira (Constituição de 1988, artigos 193 a 232), que assim podem ser sintetizados: (a) o valor social do trabalho humano e a tutela do pleno emprego, (b) o fomento à redução das desigualdades sociais e regionais e (c) o controle da livre iniciativa econômica (privada) exercida em mercados socialmente relevantes.

1. O valor social do trabalho e a tutela do pleno emprego

Dentre os efeitos irradiados pelo fenômeno da concentração econômica está a redução substancial do volume de mão-de-obra empregada.

Leciona João Bosco Leopoldino da FONSECA⁶ que a tutela de

⁵ Law and economics in a nutshell, p. 52: “Like words in the dictionary, some values are, no doubt, ranked in such a way that they are not interchangeable with values or sources of utility that exist at a different level. This means concepts like “compensation” and “incentive” may be more complex than conventional economics seems to allow. This is particularly important in the application of economics to law because law is about so many of these values”.

⁶ Direito econômico, p. 222.

pautas sociais ligadas às reivindicações laborais se origina em resposta à concentração de empresas, movimento que “*passou a impor pesado ônus à classe trabalhadora. Daí surgiu a necessidade de elaboração de leis destinadas à proteção dos empregados, com a finalidade de garantir-lhes a observância dos direitos fundamentais garantidos ao homem*”.

Tal observação se revela pertinente ao presente estudo, porque, a despeito de não ser enfocada aqui a questão do *direito do trabalho*, demonstra o Autor a existência de causalidade intrínseca entre concentração econômica e produção de desemprego⁷, uma vez que o *poder econômico* provoca impacto negativo sobre as condições de trabalho, pois tende a ser exercido contra as rubricas economicamente mais tolerantes, tais como o fator trabalho⁸.

No limite da concentração empresarial, suponha-se, ter-se-ia um verdadeiro *monopsônio* no chamado “*mercado de trabalho*”, representado pela presença de apenas um único agente econômico, na condição de empregador para um determinado grupo de trabalhadores.

Nessa hipótese teórica, o monopsonista impediria a busca do pleno emprego, dado que ofereceria salários inferiores e usaria menos recursos (volume de mão-de-obra) em comparação ao empregável em um mercado organizado sob a estrutura competitiva⁹.

Com o intuito de impedir tal efeito pernicioso irradiado pela concentração empresarial, e em atenção aos princípios *intervencionistas*¹⁰ de dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, função social da propriedade, construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social e de busca do pleno emprego¹¹, está o escopo

⁷ Deste entendimento compartilha Calixto SALOMÃO FILHO (Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 131): “Basta observar, na realidade brasileira atual, as conseqüências da conhecida relação inversa entre concentração econômica e nível de emprego”.

⁸ Paula FORGIONI, Os fundamentos do antitruste, p. 60.

⁹ Ernest GELLHORN e William KOVACIC, Antitrust law and economics in a nutshell, pp. 65-6.

¹⁰ Aqueles que demandam a ação estatal positiva e conformadora da realidade econômica e social.

¹¹ Luís Cabral de MONCADA (op. cit., pp. 366-7) incluiria aqui o princípio do tratamento

social do direito antitruste de, mediante o controle do exercício abusivo de poder econômico, *garantir* a manutenção do nível de emprego existente e *promover* a busca do pleno emprego.

Busca-se, assim, a efetivação do *direito ao trabalho*, entendido este, na lição de Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES¹², como o direito a “*uma prestação positiva por parte do Estado, consistindo no desenvolvimento de políticas que assegurem o máximo de emprego possível e a igualdade de oportunidades e de formação específica e genérica*”.

Nesse contexto, assume fundamental importância reconhecer que a necessidade de se tutelar as condições de trabalho, verdadeiro *escopo social* do direito antitruste, influencia a aplicação de suas normas, em especial no que respeita: (a) ao controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, como forma de se evitar que a formação de estruturas econômicas concentradas produza redução no nível de emprego, (b) à isenção antitruste aos sindicatos, permitindo-se a ampla restrição da concorrência entre empregados, como meio de se valorizar o trabalho humano, e (c) ao acolhimento da teoria da *failing firm*, como forma de se tutelar o emprego, ainda que em detrimento da estrutura concorrencial que possa o mercado considerado apresentar, após a compra da empresa em estado pré-falimentar. Passaremos à análise, respectivamente, de cada uma das três questões enfocadas.

Em diversos países, a legislação antitruste contempla, expressamente, a questão relativa à análise do nível de emprego decorrente de ato de concentração econômica.

Como anota Shyam KHEMANI¹³, a lei antitruste da Nova Zelândia, promulgada em 1975 (e revogada em 1986), incluiu, dentre os benefícios que devem ser tutelados, o relativo ao nível de emprego. Também acolhem esse enfoque os regimes adotados por Austrália, Alemanha (Lei de 1974) e Reino Unido (Lei de 1973).

favorecido à empresa de pequeno porte, o qual está diretamente relacionado, na visão do Autor, com a tutela do nível de emprego: “A proteção à pequena empresa é o garante do volume da oferta global, nomeadamente em países como o nosso, em que o peso das P. M. Es. no conjunto da economia é determinante. Do mesmo modo e no plano social, é de grande relevo o seu papel na efectivação do pleno emprego e na regionalização da oferta de trabalho”.

¹² Op. cit., p. 60.

¹³ A framework for the design and implementation of competition law and policy, p. 127.

Na Noruega, a análise antitruste enfoca o impacto sobre o nível de emprego como variável *primordial* na aprovação, ou desaprovação, de ato de concentração econômica, a ponto de a autoridade governamental que aplica o direito antitruste, a *Norwegian Competition Authority*, estar diretamente subordinada ao Ministério do Trabalho e da Administração¹⁴.

A questão do nível de emprego também está positivada na legislação antitruste brasileira, como se depreende do § 1º do art. 58 da Lei nº. 8884/94, que assim dispõe: “*Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e às alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes*”.

A primeira parte do dispositivo (competição internacional) está relacionada à questão das barreiras à entrada, tratada no Capítulo anterior.

A segunda parte, entretanto, exemplifica o escopo social do direito antitruste que ora se analisa, porque sugere ao aplicador de suas normas que, ao condicionar, no exercício do controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, a aprovação do ato de concentração econômica a determinadas condições¹⁵, poderá nessas incluir a que se refere ao nível de emprego.

Entretanto, a tese, que ora se aventa, de que o CADE poderá condicionar a aprovação de uma fusão ou aquisição à manutenção do nível de emprego existente antes da concentração não constitui tema pacífico na Doutrina.

Vozes contrárias assumem que os escopos econômicos do direito antitruste – eficiência, por exemplo – são contraditórios e mesmo incompatíveis com escopos não-econômicos – como o nível de emprego, o que basta à

¹⁴ Configuração institucional semelhante a esta foi adotada no Brasil pela chamada Lei Malaia (Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945), segundo leciona Alberto VENANCIO FILHO (A intervenção do estado no domínio econômico - O direito público econômico no Brasil, p. 332), ao afirmar que a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) era constituída também por representantes do Ministério do Trabalho.

¹⁵ A utilização, nesta hipótese, do termo de compromisso de desempenho, com o fito de coordenar a busca de objetivos sociais por aqueles que realizam o ato de concentração, é compatível com a sua natureza jurídica, enquanto instituto do direito antitruste que, nas palavras de Luís Cabral de MONCADA (op. cit., p. 35), “substitui a concepção policial da intervenção econômica do Estado (...) por uma concepção contratual dessa mesma intervenção, sucedendo à fase de mera polícia econômica à fase da política econômica”.

conclusão de que o direito antitruste não deve tutelar tal enfoque, sob pena de cair em insolúvel contradição e assim descumprir a sua função precípua.

José Marcelo Martins PROENÇA¹⁶ tece críticas à exigência contida no § 1º do art. 58 da Lei nº 8884/94 sobre o nível de emprego: “o impacto social é elemento totalmente estranho às condições de aprovação do ato de concentração, ensejando até incompatibilidade com as eficiências econômicas buscadas pelo ato e que devem ser especificadas no compromisso de desempenho, uma vez que, mantendo-se o nível de emprego e sendo possível diminuí-lo, evidentemente que não serão obtidas as eficiências econômicas da transação”.

Cita o Autor¹⁷ que o nível de emprego restou tutelado na França, em legislação hoje revogada, devido às incoerências que uma análise de tal tipo implicou: “tão logo o primeiro parecer foi publicado, as contradições de um balanço estabelecido ao mesmo tempo sob critérios econômicos e sociais foram denunciados pelos especialistas, pois o que deveria ser considerado como um elemento positivo sob o ponto de vista social (a manutenção do emprego após a operação) era necessariamente um fator negativo na análise econômica da operação (o aumento da eficiência)”.

Objeta Calixto SALOMÃO FILHO¹⁸, ao interpretar a expressão “alterações no nível de emprego” (§ 1º do art. 58), que “se o objetivo da regra era incluir essas preocupações na avaliação das concentrações, por que colocá-la no capítulo do compromisso de desempenho, e não no capítulo anterior (‘controle dos atos e contratos’)? A resposta parece clara. Não houve intenção de dar a esse objetivo a mesma importância dos demais previstos no capítulo relativo ao controle dos atos e contratos. Tornando sua consideração obrigatória simplesmente quando da elaboração dos compromissos de desempenho, a lei lhe atribui caráter atenuante mas não impeditivo da concentração”.

A percepção assumida por Calixto SALOMÃO FILHO de que o nível de emprego possui mero caráter atenuante, e nunca impeditivo da operação, porque não tratado entre as condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 54, não merece prosperar, e isto por uma razão muito simples: o nível de emprego não está referido apenas no § 1º do art. 58, mas no próprio § 1º do art. 54 que, em seu inc. I, alínea ‘c’, refere-se ao desenvolvimento econômico como condição de aprovação do ato de concentração.

¹⁶ Concentração empresarial e o direito da concorrência, p. 157.

¹⁷ Op. cit., p. 157.

¹⁸ Direito concorrencial: as estruturas, p. 295.

E, no conceito de desenvolvimento econômico, está contido o de nível de emprego, como bem anota Nuno T. P. CARVALHO¹⁹, para quem a análise das alterações do nível de emprego deve-se ao mandamento legal previsto no art. 54, § 1º, inc. I, alínea ‘c’, que menciona o desenvolvimento econômico.

A respeito cita o Autor precedente do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, o qual, no julgamento do caso Metro v. Comissão (1977), decidiu que fatores sociais, tais como a manutenção do nível de emprego, inserem-se no conceito de “desenvolvimento econômico”²⁰.

Para este entendimento caminhou Calixto SALOMÃO FILHO, em obra posterior à citada anteriormente²¹, ao agora enfatizar a importância do controle do volume de emprego por meio do direito antitruste: “É preciso entender a existência da concorrência como um valor em si, inadmitindo o poder econômico e exigindo que ganhos de escala sejam repartidos com o consumidor (admitindo-se, portanto, a eficiência só no sentido distributivo, e não alocativo), ao mesmo tempo em que não se permite que o processo de interação econômica leve à exclusão social (exigindo-se, portanto, que compromissos de desempenho incluam regras estritas de garantia de emprego, i.e., cumprindo com rigor o disposto no art. 58, § 1º, da lei concorrencial)” (grifo nosso).

E assim conclui Calixto SALOMÃO FILHO²²: “(...) o direito antitruste não pode e não deve ser instrumento de criação de desigualdades sociais e especialmente de exclusão. Novamente aqui essa é a maneira de compatibilizar materialmente os ditames constitucionais da livre concorrência e da justiça social. Particularmente, o controle das estruturas, cujo impacto sobre o nível de emprego é inegável, tem que ter em conta esse imperativo (o art. 58, § 1º, da lei concorrencial dele dá conta expressamente)”.

Em diversos precedentes, o CADE condicionou a aprovação de ato de concentração restritivo da concorrência à observância da manutenção do nível de emprego.

¹⁹ As concentrações de empresas no direito antitruste, p. 189.

²⁰ Também no caso SABA (1976), o TJCE manifestou-se sobre a questão do emprego, ao declarar válida cláusula anticompetitiva em contrato de distribuição, porque contributiva para a manutenção de empregos (Nuno T. P. CARVALHO, op. cit., p. 82).

²¹ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 40.

²² Ibidem, pp. 126-7.

Na análise do ato de concentração GERDAU-PAINS²³, restou determinado que as requerentes da aquisição adotassem medidas compensatórias do nível de emprego, consistentes em programa de requalificação profissional e recolocação para todos os trabalhadores cuja perda de emprego estivesse diretamente associada à operação de compra da PAINS pelo Grupo GERDAU.

No caso AMBEV²⁴, cite-se o paradigmático parecer proferido pelo então Procurador-Geral do CADE, Amauri SERRALVO: “Neste contexto, impõe-se a necessidade, diante do interesse maior, estabelecido pela própria Constituição do País em princípios de igual intensidade hierárquica (artigo 170, incisos IV e VIII), atentar para a questão do emprego, aplicando-se medidas efetivas de recolocação e re-treinamento da mão de obra nos casos em que eventual fechamento de unidades produtivas ou a reestruturação empresarial mais ampla implicar em perda de postos de trabalho”.

O Parecer, neste aspecto, foi acolhido pelo Plenário do CADE, o qual vinculou a aprovação da fusão entre a Brahma e a Antarctica, dentre outras condições, à manutenção de emprego, assim referida no item “r” da decisão: “Deverão as requerentes comprometerem-se a manter nível de empregos, sendo que as dispensas associadas à reestruturação empresarial devem vir acompanhadas de programa de recolocação e re-treinamento, os quais deverão ser acompanhados pelo Ministério do Trabalho, no âmbito do Convênio em vigor com o CADE”.

Ao comentar o conteúdo desta deliberação, ressalta Manoel Jorge e Silva NETO a sua consonância com a tutela do pleno emprego²⁵: “A determinação do CADE para que seja mantido um nível de emprego razoável nas empresas em processo de concentração, com evidência, não leva ao desdobramento das atribuições da autarquia; pelo contrário, afina-se à diretriz constitucional persecutora do pleno emprego, aqui visualizado sob a ótica do trabalho humano”.

A questão do emprego voltou a ser tratada pelo CADE em recente determinação, proferida em acordo de preservação de reversibilidade da operação de compra da rede SÉ SUPERMERCADOS pelo grupo PÃO DE

²³ Ato de Concentração nº 16/94 (decisão de 29/3/95), requerido por Gerdau e Korf GmbH, (CADE, Relatório anual 1996, p. 49).

²⁴ Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, firmado entre Companhia Cervejaria Brahma e Companhia Antarctica Paulista.

²⁵ Direito constitucional econômico, pp. 200-1.

AÇÚCAR²⁶, com o objetivo de garantir a manutenção do emprego, assim descrito: “*As requerentes, publicamente, se comprometem a (...) manter os postos de trabalho conforme a média do faturamento por funcionário das dez maiores empresas de supermercados do Brasil, divulgada pela Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) em relação ao ano de 2001*”.

Mas não apenas no exercício do controle preventivo o escopo de tutela das condições de trabalho merece guarida. Reflexos da proteção ao emprego também influenciam a aplicação antitruste do controle repressivo do abuso de poder econômico, como se dá, em especial, nos acordos que restringem a concorrência no mercado cujo produto relevante seja o próprio trabalho, isto é, a relação (jurídica) de emprego.

Bem observado, o sindicato nada mais constitui do que um cartel formado entre trabalhadores de qualificação e atividade semelhantes.

Essa impressão, de tão verdadeira que é, está corroborada pela experiência antitruste dos EUA: no início do século XX, sindicatos foram condenados porque a sua atividade básica – uniformização de conduta entre empregados – infringia a legislação antitruste.

A questão assumiu tamanha importância que, nos anos seguintes, foram editadas leis que isentavam os sindicatos da observância da legislação antitruste. Originariamente prevista na Lei Clayton, de 1914²⁷, tal isenção foi explicitada em 1932, pelo Norris-LaGuardia Act of 1932²⁸.

Relembra Manoel Jorge e Silva NETO²⁹, como acima apontado, que antes dessa isenção os tribunais americanos condenavam a atividade dos sindicatos: “As primeiras decisões judiciais nos Estados Unidos terminaram por estabelecer grande limitação à iniciativa dos sindicatos profissionais no sentido de reivindicar melhores salários para os trabalhadores, vez que, equiparado o trabalho a uma mercadoria, não poderiam tais entidades

²⁶ Ato de concentração nº 08012.0004897/02-93. Também no Ato de concentração nº. 08012.001697/2002-89, firmado entre CHOCOLATES GAROTO S/A e NESTLÉ BRASIL LTDA., determinou o CADE, em acordo de preservação de reversibilidade da operação, que as requerentes se abstivessem de realizar: “...mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão de obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa”.

²⁷ Nuno T. P. CARVALHO, op. cit., p. 76.

²⁸ Ernest GELLHORN e William KOVACIC, op. cit., p. 485.

²⁹ Op. cit., p. 183.

defender o pagamento de remuneração mínima, o que, à época, correspondia a atividade ilícita, no caso a cartelização”.

A justificativa para tal isenção³⁰ decorre da percepção, em essência, sobre a incompatibilidade existente entre o escopo de se tutelar o trabalho, de um lado, e a busca de uma concorrência entre empregados, de outro, a qual, se prevalecente na hipótese, levaria à extinção dos sindicatos.

A respeito anotam Ernest GELLHORN e William KOVACIC³¹: “Os sindicatos buscam melhorar os salários, as horas e as condições laborais dos trabalhadores através da monopolização da oferta de trabalho e do incentivo a acordos de uniformização voltados para a recusa coletiva em contratar com o empregador. (...). Sem a exceção, o direito antitruste poderia ameaçar a existência dos sindicatos”³².

No Brasil, a liberdade de associação sindical³³ está prevista no art. 8º, caput, da Constituição de 1988, ressaltando o seu inc. I que são vedadas ao Poder Público “a interferência e a intervenção na organização sindical”, o que afasta, de todo, a possibilidade de se sancionar os sindicatos por ofensa à legislação antitruste.

³⁰ Que de resto é seguida pelos demais países, em especial pela Comunidade Econômica Européia, a qual afasta a aplicação da legislação antitruste aos sindicatos ao fundamento de que tais associações, por não estarem constituídas sob a forma de empresa, estão fora do alcance do controle do abuso de poder econômico (Caso EATE, julgado em 1985, como citam Christopher BELLAMY e Graham CHILD, Derecho de la competencia en el mercado comum, p. 75).

³¹ Op. cit., p. 485: “Unions seek to improve the wages, hours, and working conditions of workers largely by monopolizing the supply of labor and policing concerted refusals to deal. (...). Without an exemption, antitrust would threaten the existence of unions”.

³² Citam Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., p. 485) precedentes na jurisprudência americana que desafiaram a questão: Apex Hosiery Co. v. Leader (1940) e United States v. Hutcheson (1941), nos quais a Suprema Corte afirmou que o monopólio da oferta de trabalho pelos sindicatos não viola o direito antitruste.

³³ Sobre a liberdade de associação sindical, leciona Eros GRAU (A ordem econômica na Constituição de 1988, pp. 256-7): “Consustanciando desdobramento da liberdade de associação, a liberdade sindical, ao mesmo tempo em que viabiliza ao trabalho organizar-se tendo em vista a articulação de suas reivindicações diante do capital organizado, atua, atua, projetada em instituições (a instituição sindical), no sentido de relacionar os seus titulares com o mercado capitalista”.

Por fim, identifica-se também na teoria da *failing company defense* o escopo social do direito antitruste em se tutelar o nível de emprego³⁴.

Acolhida pela Suprema Corte dos EUA em 1930, no julgamento de *Int'l Shoe Co. v. FTC*, a teoria da *failing company defense* apregoa que a compra de uma empresa em estado pré-falimentar, ainda que lesiva à concorrência e carente de eficiências compensatórias, deve ser aprovada, uma vez que a sua saída do mercado, com a conseqüente paralisação da produção, seria mais lesiva ao consumidor e à sociedade (em especial ao nível de emprego) do que a fusão anticompetitiva³⁵.

Busca a defesa calcada na *failing firm*, deste modo, sustentar, em detrimento da redução do nível de concorrência, a preservação da empresa, de forma a tutelar sua função social, cujos efeitos sobre o nível de renda e de emprego são evidentes.

Entretanto, justamente porque o encerramento de atividades de uma dada empresa não implica, necessariamente, que tal capacidade produtiva deixará o mercado³⁶, quatro condições são tidas como necessárias à plausibilidade da defesa fundada em *failing firm*³⁷: (a) a empresa deve provar sua incapacidade em solver suas dívidas no futuro próximo, (b) a empresa deve demonstrar ser inviável sua reorganização financeira por meio de concordata, (c) a empresa deve comprovar ter realizado esforços na busca de um comprador capaz de manter seus ativos no mercado relevante, sem que isso implique redução do nível de concorrência e (d) a empresa deve provar que, sem o ato de concentração proposto, seus ativos irão, invariavelmente, deixar o mercado relevante.

Richard POSNER³⁸, a despeito de criticar a adoção da teoria da *failing firm* como meio de defesa antitruste, admite que o seu escopo está

³⁴ Não apenas o nível de emprego, mas também a função social da propriedade.

³⁵ Como corrobora Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, pp. 188-9): “A concentração não cria barreiras adicionais à entrada de concorrentes se comparada com a situação alternativa, de falência da empresa e destruição de sua capacidade produtiva (...). Comparada à sua alternativa, a concentração é eficiente e benéfica ao consumidor”.

³⁶ Eis que poderá ser exercida por um concorrente que intencione aumentar sua produção.

³⁷ Shyam KHEMANI (op. cit., p. 49).

³⁸ Antitrust law (an economic perspective), p. 21.

diretamente relacionado com a tutela dos empregados, dos credores e dos acionistas da empresa em estado pré-falimentar adquirida.

Em síntese do exposto neste item, conclui-se que o direito antitruste possui, como modalidade de escopo social, a tutela do valor social do trabalho e a busca do pleno emprego, escopo este que se reflete na aplicação de suas normas, considerando-se, em especial, (a) a busca da manutenção do nível de emprego mediante o controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, (b) a isenção antitruste conferida aos sindicatos e (c) a adoção da teoria da *failing company defense* como instrumento a justificar concentrações lesivas à concorrência em prol da tutela do emprego e da função social da propriedade.

2. A proteção dos níveis socioeconômicos das comunidades regionais

A aplicação do direito antitruste deve estar sensível ao princípio constitucional da Ordem Econômica representado pela redução das desigualdades sociais e, aqui em especial, regionais (Constituição de 1988, arts. 3º, inc. III, e 170, inc. VII).

A questão se revela pertinente se considerado, no controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, que a aprovação de uma dada concentração econômica poderá levar à desativação de unidades fabris que, se inofensiva para o mercado relevante como um todo, poderá causar sérias distorções na comunidade local.

Como bem assinala Shyam KHEMANI³⁹, uma determinada concentração econômica poderá retardar o desenvolvimento socioeconômico de uma dada comunidade regional que tenha se organizado, por exemplo, em torno de uma unidade industrial.

Neste contexto, o exercício do controle preventivo deverá atentar para o problema, e assim utilizar-se dos mecanismos hábeis, tais como a cisão parcial e/ou venda pública de ativos, com o fito de se evitar uma desigual distribuição social dos benefícios e malefícios provocados pela concentração econômica.

³⁹ Op. cit., p. 4. Essa percepção é corroborada por David W. BARNES (Nonefficiency goals in the antitrust law of mergers, p. 16): “One may start with evidence that the locus of control often shifts away from the community as a result of mergers. (...). The next step is to demonstrate that this increase in control results in a decline in the level of local reinvestment of profits derived from community activities and a decline in local corporate charitable contributions”.

A medida proposta se justifica, portanto, menos em atenção aos escopos econômicos do direito antitruste e mais em atenção aos seus escopos sociais, aqui considerada a tutela à redução das desigualdades regionais.

3. O controle da livre iniciativa econômica exercida em mercados socialmente relevantes

Nos mercados em que a relevância social do produto considerado é substancial, a aplicação do direito antitruste tende a ser mais restritiva à liberdade de iniciativa econômica.

Esta restrição se dá, entre outros elementos, mediante a adoção preferencial do mecanismo de controle de preços, em detrimento de outros tipos de controle, preventivo e repressivo, do exercício abusivo de poder econômico.

A justificativa para a adoção de um enfoque mais restritivo à liberdade de iniciativa econômica está no fato de que, se o produto é socialmente relevante, torna-se mais provável o exercício abusivo de poder econômico, porque dificilmente irá o consumidor, em caso de aumento substancial de preços, deixar de adquirir o bem ou o serviço.

Entre os mercados socialmente relevantes, podemos citar: (a) a atividade econômica (sentido lato) exercida pelo Estado, diretamente ou por delegados, no âmbito dos *serviços públicos*⁴⁰, (b) a prestação da saúde e (c) a prestação da educação.

Calixto SALOMÃO FILHO⁴¹ reconhece que, na área social⁴², o objetivo a ser buscado é francamente redistributivo, o que torna inviável a sua prestação exclusivamente por particulares, de forma a atrair para o setor, preferencialmente, a atuação estatal.

⁴⁰ Como observa Eros GRAU (A ordem econômica na Constituição de 1988, pp. 124-5), a ação estatal na prestação de serviços públicos, diretamente ou por meio de delegados, não constitui modalidade de intervenção econômica, mas de atuação estatal, dado que o termo intervenção pressupõe a idéia de atuação em domínio de outrem, e o Estado, ao prestar serviços públicos, não age em domínio alheio, mas em domínio próprio, pois a prestação de tais serviços incumbe, preferencialmente, ao próprio Estado.

⁴¹ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, pp. 27-8.

⁴² Exemplifica o Autor, como atividades detentoras de relevância social, a saúde e a educação.

O Autor⁴³ exemplifica seu raciocínio com o caso da educação: *“Jamais o que o estudante está disposto ou tem condições de pagar pela escola pode remunerar o imenso benefício social trazido pela educação de cada indivíduo. Até porque esse benefício não é passível de mensuração. Isso responde pelos maus resultados da educação quando sujeita às regras de mercado – ou a escola privada desvirtua o sistema educacional, oferecendo ensino de baixa qualidade e, portanto, deixando de produzir externalidades sociais positivas, ou o preço cobrado pelo ensino geralmente torna-o inacessível à grande maioria, o que também gera grandes externalidades sociais negativas”*.

Identificados, assim, os mercados socialmente relevantes, bem como reconhecido que em tais mercados o exercício abusivo do poder econômico é mais provável, dada a essencialidade dos bens considerados (serviços públicos, saúde e educação), o que torna a demanda substancialmente inelástica em relação à variação de preço (ainda que expressiva), deve-se assumir, como conseqüência do escopo social do direito antitruste aqui reconhecido, que em tais mercados a utilização do controle de preços constitui, em regra, mecanismo preferencial.

Nos serviços públicos, o controle tarifário (controle de preços que é) é de larga utilização, inclusive nos setores em que a concorrência tenha se inserido em substituição ao monopólio natural que antes existia⁴⁴.

Na educação, temos como exemplo, no Brasil, a Lei nº 8.039, de 30 de maio de 1990, que introduziu verdadeiro *controle de preços* no setor, ao impor critérios para o reajuste das mensalidades cobradas por escolas particulares.

A constitucionalidade desse diploma normativo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 319-4/DF. Ressalte-se, neste precedente, trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence, o qual reconheceu ser o controle de preços, além de constitucional, instrumento adequado ao controle do exercício abusivo do poder econômico na hipótese em que o produto ou serviço possua relevância social: *“Penso que mais patente se torna a legitimidade dessa intervenção, quando se trata de atividades abertas à livre iniciativa, porém, de evidente interesse social, porque situadas em*

⁴³ Op. cit., p. 28.

⁴⁴ Na experiência brasileira, cite-se o setor de telecomunicações, o qual, por ocasião da privatização, foi remodelado de forma a substituir o monopólio estatal existente por diversas empresas, concessionárias e autorizadas, atuando em regime de concorrência.

área fundamental da construção da ordem social projetada na Constituição de 1988. Delas um dos setores fundamentais é, precisamente, o da educação, definido na Constituição como direito de todos e dever do Estado, que não se cumpre apenas pela educação pública, mas há de cumprir-se, também, pelo controle, pela regulação da atividade educacional privada”.

E, no campo da saúde, relevante se faz anotar que, em diversos países, adota-se o controle de preços, em especial no setor de medicamentos.

Assim anotam Pierre DELVOLVÉ⁴⁵, ao afirmar que a França adota o controle de preços para os medicamentos, e Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES⁴⁶, ao ressaltarem que na CEE e em Portugal “*a salvaguarda da saúde pública, a participação do Estado na sua aquisição – que o torna efectivamente no principal interessado no preço do produto – e a relativa ausência de liberdade de escolha por parte do consumidor, justificam a atenção especial que é dada à regulação do preço dos medicamentos, no âmbito comunitário e nacional*”.

No Brasil, em recente medida, foi adotado o controle de preços para os medicamentos. Trata-se do Protocolo de Intenções firmado entre os Ministérios da Justiça, da Saúde e da Fazenda e as empresas fabricantes de medicamentos, representadas pela Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica. O normativo possui vigência de seis meses (com término em 30 de junho de 2003) e define critérios para o cálculo dos preços máximos a serem praticados na venda de medicamentos.

Em síntese do exposto neste item, a relevância social do produto ou serviço influi, em atenção ao escopo social do direito antitruste em promover a justiça social, na aplicação de mecanismos de controle mais coercitivos do exercício da liberdade de iniciativa econômica, como é o caso do controle de preços, a fim de se prevenir o (aqui) provável abuso de poder econômico.

Conclusão

O reconhecimento de escopos sociais, a despeito de tornar mais complexa a aplicação do direito antitruste, não a torna inconsistente, porque

⁴⁵ Droit public de l'économie, p. 523.

⁴⁶ Op. cit., p. 459.

constitui decorrência lógica da interpretação constitucional dos princípios, liberais e intervencionistas, que conformam a ordem econômica positivada pela Constituição de 1988.

A tensão entre princípios liberais e intervencionistas decorre da própria lógica da constituição econômica, a qual não se limita a reconhecer a realidade econômica existente, mas busca conformá-la à ordem econômica positivada (mundo do dever ser).

Nesse contexto, deve-se reconhecer a preponderância dos princípios intervencionistas sobre os princípios liberais, pois, do contrário, estar-se-ia limitando a busca da máxima efetividade às normas constitucionais, em evidente abandono do projeto conformador desenhado pela constituição econômica, qual seja, o de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170, caput).

Assim considerado, o direito antitruste, instrumento de políticas públicas que é, deve resolver eventual colidência de seus escopos em atenção ao escopo maior de se efetivar a justiça social.

A preferência se traduz, aqui, não pela hierarquização ou exclusão mútua de escopos, mas pelo reconhecimento de uma intrínseca complementaridade existente entre eles, como mecanismos que são de consecução da justiça social.

Observada a questão referente à complementaridade de escopos, apresentam-se, em ordenação tópica, as linhas conclusivas assumidas neste ensaio:

1 - O direito antitruste possui, como modalidade de escopo social, o de tutelar o valor social do trabalho e a busca do pleno emprego, escopo este que se reflete na aplicação de suas normas, considerando-se, em especial: (a) a busca da manutenção do nível de emprego por meio do controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, (b) a isenção antitruste conferida aos sindicatos e (c) a adoção da *failing company defense* como instrumento a justificar concentrações lesivas à concorrência em prol da tutela do emprego e da função social da propriedade.

2 – Representa escopo social do direito antitruste o de reduzir as desigualdades regionais. Nesse contexto, se a aprovação de uma dada concentração econômica levar à desativação de unidades fabris que, a despeito de inofensiva para o mercado relevante como um todo, puder causar sérias distorções na

comunidade local, deverá o exercício do controle preventivo atentar para o problema, e assim utilizar-se de mecanismos hábeis, tais como a cisão parcial e/ou venda pública de ativos, com o fito de se evitar uma desigual distribuição social dos benefícios e malefícios provocados pela concentração econômica.

3 - A relevância social do produto ou serviço (tais como saúde, educação e serviços públicos) influi, em atenção ao escopo social do direito antitruste em promover a justiça social, na aplicação de mecanismos de controle mais coercitivos do exercício da liberdade de iniciativa econômica, como é o caso do controle de preços, a fim de se prevenir o provável exercício abusivo de poder econômico.

Bibliografia

BARNES, David W. *Nonefficiency goals in the antitrust law of mergers*. William and Mary Law Review, Summer, 1989.

BELLAMY, Christopher e CHILD, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado comum*. Tradução de Enric Picañol. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

CADE. *Relatório anual 1996*. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

_____. *Relatório anual 1997*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998.

_____. *Relatório anual 1998/99*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. *Da restrição da concorrência na comunidade europeia: A franquia de distribuição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.

FILHO, Alberto Venâncio. *A intervenção do estado no domínio econômico - O direito público econômico no Brasil*. Edição fac-similar da edição de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Lei de proteção da concorrência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GELLHORN, Ernest e KOVACIC, William E. *Antitrust law and economics in a nutshell*. 4. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

KHEMANI, Shyam (organizador). *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington: World Bank, OECD, 1999.

KORAH, Valentine. *Introducción al derecho y práctica de la competencia en la CEE*. Tradução de Alejandro Fernández de Aráoz Gómez-Acebo. Barcelona: Ariel Derecho, 1988.

MONCADA, Luis Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NADER, Ralph. *The proper goals of antitrust: when public and private interests collide*. Loyola Consumer Law Reporter, Chicago, 1997.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POSNER, Richard A. *Antitrust law (an economic perspective)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial (as estruturas)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Antônio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n° 319-4/DF*, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 30.04.1993.

SCHWARTZ, Louis B. *Justice and other non-economic goals of antitrust*. *University of Pennsylvania Law Review*, April, 1979.