

AS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS E SUA POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO EM PROL DAS EFICIÊNCIAS

Denis Alves Guimarães

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, que tem como tema genérico a defesa da concorrência, optou-se pela análise de um tema mais restrito, que é *As Práticas Anticoncorrenciais e sua Possibilidade de Autorização em Prol das Eficiências*.

Referida opção deu-se tanto pela dificuldade que se apresentaria na produção de um trabalho de tamanho limitado com um tema tão amplo quanto pelo próprio interesse na reflexão sobre um tema tão importante quanto este que se apresenta, dado que sua análise é crucial quando do processo de aplicação e interpretação das regras jurídicas - notadamente da Lei 8884/94 - a um caso concreto e, portanto, à defesa da concorrência de forma geral.

A importância do referido tema reside justamente no problema prático que surge quando da necessidade de apreciação de um ato de concentração, em que é função do órgão julgador fazer uma análise econômica e jurídica das conseqüências da autorização ou proibição de tal ato.

Nesse momento, é muito grande a responsabilidade, no caso brasileiro, do CADE, que, se tomar uma decisão demasiadamente cautelosa no sentido de zelar pela proteção do princípio da livre concorrência de forma irreduzível, poderá estar privando o mercado da obtenção de diversas eficiências. Por outro lado, ao fazer uma análise um tanto negligente dos possíveis efeitos nefastos à concorrência que determinado ato de concentração poderá ocasionar, o CADE poderá estar endossando uma oligopolização indesejada de um mercado, e, conseqüentemente, causando prejuízo aos consumidores e à economia nacional.

Por tudo isso, é o objetivo deste trabalho refletir a respeito das práticas anticoncorrenciais que podem ou devem ser autorizadas pelo CADE, sempre que houver possibilidade de que desses atos resultem a percepção de eficiências pelo mercado.

2. EFICIÊNCIAS

2.1. Eficiência econômica

As leis de defesa da concorrência partem do princípio de que, na maioria das vezes, a concorrência entre os agentes econômicos tende a maximizar o desempenho do mercado, de forma que os produtos tenham um preço de venda próximo ao de custo, bem como que tenham elevada qualidade, beneficiando-se, dessa forma, a massa consumidora, sem onerar a cadeia de produtores.

Nesse contexto, pode-se definir eficiência econômica como a maximização simultânea do lucro do produtor e da satisfação do consumidor¹.

Pode-se dizer, portanto, que a eficiência econômica é o bem jurídico tutelado pelas legislações de defesa da concorrência, ainda que se saiba que sua obtenção é uma utopia. Entretanto, se a aplicação da lei for suficiente para garantir a livre concorrência e a satisfação do consumidor, podemos dizer que seu objetivo já terá sido alcançado.

2.2. As eficiências almeçadas pelo mercado

Se dissemos que a obtenção da eficiência econômica é uma utopia, devido à existência das diversas falhas do mercado e das dificuldades que se apresentam para a aplicação de seus meios de correção, por outro lado, sabe-se que através da livre concorrência é possível atingir diversos tipos de eficiências.

Não obstante sabermos que a livre concorrência geralmente é o meio propício para o alcance das eficiências, muitas vezes pode-se obtê-las justamente devido a um certo sacrifício do regime concorrencial. Por esta razão é que as legislações de proteção à concorrência contemplam hipóteses em que essa restrição é legítima, se o órgão julgador dos atos de concentração, ao analisar um caso concreto, verificar a probabilidade da obtenção de eficiências que não estão sendo alcançadas, pelo menos com a mesma intensidade, sob o regime concorrencial.

Pode-se diferenciar as eficiências em três tipos: *eficiência inovativa* ou *dinâmica*; *eficiência produtiva* e *eficiência alocativa*.

2.2.1. Eficiência inovativa ou dinâmica

1 Definição de TERRY, Calvani. *Economic Analysis and Antitrust Law*. Second Edition, Little Brown and Company, p. 7, citado por PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, Dissertação de Mestrado, 1999.

A eficiência inovativa é aquela trazida pelas inovações tecnológicas. Nas palavras de José Inácio Gonzaga Franceschini *é o motor do crescimento da oferta real global e, é também o progresso tecnológico a forma mais radical de competição entre as empresas*². Naturalmente, não é preciso mencionar as vantagens concorrenciais advindas para uma empresa cujos produtos encontram-se num estágio superior de desenvolvimento tecnológico.

Este tipo de eficiência é, portanto, o mais importante de todos. Para J. A. Schumpeter, a eficiência inovativa *permanentemente redefine as bases da competição nos mercados*³. Isto porque a tecnologia representa um *concorrente desconhecido* para todas as empresas. Não sabendo quais as inovações tecnológicas que seus concorrentes irão apresentar ao mercado, todas as empresas terão que investir em tecnologia.

2.2.2. Eficiência produtiva

A eficiência produtiva é a produção de bens ao menor custo possível. É, logo após a eficiência inovativa, muito importante, pois, assim como a primeira, *afeta o crescimento do bem-estar futuro, uma vez que os ganhos de produção, a menor custo, são cumulativos*⁴.

2.2.3. Eficiência alocativa

Ainda que seja uma eficiência, e, portanto, desejada pelo mercado, é a menos importante entre os três tipos que se apresentam. A eficiência alocativa é a obtenção do menor preço.

Dizemos que essa modalidade é a menos importante porque *incrementa o bem-estar social apenas circunstancial e marginalmente, não significando necessariamente uma melhoria do bem-estar geral*⁵.

2.3. O confronto entre as eficiências e a proteção da concorrência

2 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antonio. As eficiências econômicas sob o prisma jurídico. Revista de Direito Econômico, abr./jun., p. 31, 1996.

3 SCHUMPETER, J. A. Capitalism, Socialism and Democracy. 5ª Ed., Londres, Allen & Unwin, 1976. Citado por José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p.31.

4 José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p. 31.

5 José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p. 31.

O problema que se apresenta é que qualquer um dos três tipos de eficiências dificilmente podem ser mensurados com precisão previamente. Em outras palavras, quando da análise dos atos de concentração, o órgão julgador nunca tem **certeza** das eficiências que poderão advir de determinado negócio jurídico, ou seja, muitas vezes não tem certeza se o sacrifício da concorrência será realmente válido.

Deve-se chamar a atenção para o perigo de que os órgãos de proteção à concorrência deixem-se levar por pressões políticas e dêem mais importância, quando da análise de um ato de concentração, às eficiências alocativas, visto que essas geralmente proporcionam uma baixa dos preços imediata, dando uma sensação de satisfação ao consumidor que muitas vezes é apenas momentânea.

Os aplicadores da lei de defesa da concorrência deveriam dar mais atenção às eficiências inovativa e produtiva. Muitas vezes um ato de concentração é obstado pelo órgão aplicador sob o argumento de que haverá aumento dos preços (ineficiência alocativa), pelo menos a curto prazo⁶. Entretanto, esse mesmo ato, a médio prazo, poderia ocasionar o percebimento de eficiências inovativas e produtivas. Verifica-se, portanto, que por causa de uma visão imediatista, os órgãos aplicadores podem acabar prejudicando o bom funcionamento do mercado.

Outro problema a que se deve dar mais atenção é a fraca atuação do órgão aplicador da lei de defesa da concorrência no que concerne à repressão de práticas abusivas pós-concentração em relação ao cuidado que se tem demonstrado na análise dos possíveis efeitos nefastos que o ato concentracionista poderá gerar⁷. Ou seja, muitas vezes há demasiada atenção no sentido de impedir um ato concentracionista, pelo fato de haver projeções de que tal ato, se concretizado, poderá formar uma empresa de posição dominante, em contrapartida, não tem havido o mesmo rigor quanto aos abusos praticados por essas empresas após a concentração, ou por outras empresas que gozam de posição dominante.

6 José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p. 32.

7 FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. Tese de Doutorado, 1996, p. 101/102. Obra posteriormente publicada, sob o mesmo título, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O artigo 170 da Constituição brasileira⁸ é o dispositivo normativo central do diploma. Ele prescreve que a *ordem econômica* (devendo aqui esta expressão ser entendida como a ordem econômica fática - a ordem econômica do *mundo do ser*, e não a ordem econômica do *mundo do dever ser*, que é a ordem econômica constitucional - ou seja, a forma de organização dos elementos que compõem a atividade econômica de uma nação⁹) deve ter por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, devendo ser observados alguns princípios, dentre os quais, no âmbito de nossa análise, destaca-se o da livre concorrência.

A melhor leitura do presente dispositivo é aquela que reconhece como objetivo da ordem econômica constitucional brasileira garantir existência digna para todos, sendo que esta deve ser alcançada através da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, **através da observância de determinados princípios, entre os quais o da livre concorrência**. Ou seja, resta claro que a concorrência, no ordenamento jurídico brasileiro, não é um fim, mas sim um meio de se atingir objetivos maiores, a exemplo dos arrolados no *caput* do artigo 170.

3.1. Concorrência-instrumento e concorrência-condição

O entendimento de que a concorrência é "apenas" um meio de se atingir os objetivos da ordem econômica constitucional brasileira (*concorrência-instrumento*) é majoritário. Entretanto, há correntes que propugnam pela defesa da concorrência em si mesma (*concorrência-condição*), por acreditarem que o ambiente concorrencial conduz necessariamente à obtenção das eficiências. Esse segundo grupo entende o direito antitruste como *o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover*

8 É o teor do 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: (...) IV - livre concorrência;"

9 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 40/44.

a defesa da livre concorrência¹⁰. Já os defensores da concorrência-instrumento interpretam o direito antitruste no contexto do direito econômico constitucional, em que, como visto, a defesa da concorrência é um meio de se atingir objetivos superiores. Nesse sentido, é oportuno observar as palavras de Paula Forgioni: *Atualmente, entretanto, quando se coloca o caráter instrumental das normas antitruste, inseridas em um contexto de direito econômico, não se pode deixar de referi-lo como "técnica relacionada à implementação de uma política pública". Daí adotarmos definição um tanto diversa para o direito anitruste, baseada, inclusive, em nossas diretivas constitucionais: "técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência"*¹¹.

Dessa forma, parece-nos mais correto o entendimento de que a defesa da concorrência, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser vista como a defesa da concorrência-instrumento.

4. UM PARÊNTESE SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS EUA - a existência de ilícitos per se e o surgimento da rule of reason

É sabido que os EUA é o país de maior tradição no direito concorrencial, e que a base legal de seu direito antitruste é o *Sherman Act*, promulgado em 1890 pelo Congresso norte-americano. Sua *Section I* estabelecia que: *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*¹². Tendo os juízes norte-americanos feito uma interpretação praticamente literal do texto, verificou-se que a quase totalidade dos contratos comerciais poderiam ser considerados ilícitos. Dessa forma, a *Section I* do *Sherman Act* inviabilizou as concentrações de empresas, fazendo com que a maioria dos atos tendentes à concentração de poder econômico nas mãos de um único agente representasse uma conduta ilícita por si mesma (*per se*), não importando se desse ato de concentração pudessem advir eficiências econômicas para o mercado em geral e para os próprios consumidores.

10 VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. P. 242. Citada por Paula Forgioni, op. cit., p. 54, nota n. 169.

11 Paula Forgioni, op. cit., p. 54, nota n. 169.

12 Redação Original, citada por SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 142, nota n. 2.

Com o passar dos anos, entretanto, impunha-se uma flexibilização do dispositivo legal citado, pois a consideração de inúmeras práticas como ilícitas *per se* acabaria trazendo tantos danos ao mercado quanto a concentração excessiva do poder econômico. Esta é também a opinião de Eros Roberto Grau e Paula Forgioni: *A condenação, indistintamente, de todas as práticas restritivas da concorrência poderia conduzir a um resultado diametralmente oposto àquele que é constitucionalmente pretendido, na afirmação da livre concorrência. Assim, não se justifica a condenação de tais práticas quando aos prejuízos dela decorrentes, suportados pelo mercado, ou pela concorrência, corresponderem vantagens a serem auferidas pela economia nacional como um todo, de sorte que essas vantagens sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos*¹³.

Nesse contexto é que surge, nos EUA, a chamada *rule of reason*. Ela tinha como objetivo atenuar o rigorismo com que se analisavam os atos de concentração, através da "inclusão" da palavra *unreasonable* à *Section I* do *Sherman Act*, ou seja, a interpretação passaria a ser a de que seria ilegal qualquer ato que implicasse uma *desarrazoada* restrição ao comércio, e não qualquer restrição ao comércio. No início, os juízes negaram-se a fazer tal interpretação, alegando que ao considerar a "inclusão" de uma nova palavra ao texto legal, estariam suprimindo as funções do Poder Legislativo. Todavia, a necessidade de flexibilização acabou impondo o novo entendimento¹⁴ e, dessa forma, houve uma maior relativização de certas condutas que antes eram consideradas ilícitas *per se*.

5. O DIREITO CONCORRENCIAL NA UNIÃO EUROPÉIA - instrumento de integração

O direito concorrencial da União Européia foi a grande fonte da lei de defesa da concorrência brasileira. O artigo 85 do Tratado de Maastricht, por exemplo, foi base de dois dispositivos importantíssimos da Lei 8884/94, os artigos 20 e 54, que analisaremos no capítulo seguinte.

Os artigos 2º e 3º, alínea *f*, do referido tratado europeu, dispõem expressamente que *a disciplina da concorrência, na Europa, é instrumental,*

13 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites, Lei nº 8.884/94, de 1994, e Lei nº 6.729 ("Lei Ferrari"). Revista do IBRAC, vol. 6-1.

14 A primeira decisão a reconhecer a aplicabilidade da regra da razão é proferida no famoso caso *Standard Oil vs. United States* 221 U.S. 65 (1911). Anotado por Calixto Salomão Filho, op. cit., p. 142/143, nota n. 5.

*ou seja, ligada aos fins da própria União Européia*¹⁵. Dessa forma, não há qualquer disposição no Tratado de Maastricht que corrobore a interpretação de que a concorrência deve ser vista como um fim em si mesma.

Dentro desse caráter instrumental, o direito antitruste permite a prática de atos anticoncorrenciais, e um dos objetivos perseguidos é o fortalecimento das empresas européias, para que essas possam competir em condições de igualdade com, principalmente, as empresas norte-americanas e japonesas.

Com isso, um grande problema apresenta-se ao direito concorrencial europeu e à própria integração européia, bem como à eficiência de suas empresas, que é o fato de que, aumentando-se a competitividade externa, através da autorização de atos de concentração, reduz-se a competitividade interna, criando-se mercados oligopolizados e diversos prejuízos que a partir daí podem advir para os consumidores.

Portanto, essa é uma equação de solução complexa (dentre as muitas enfrentadas) que desafia a busca da prosperidade da União Européia como um todo.

6. HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA AUTORIZADAS PELA LEI 8884/94

Em primeiro lugar, ao analisarmos o *caput* do artigo 1º, que compõe o Capítulo I (*Da Finalidade*) da Lei 8884/94, verifica-se que esta, a despeito da desnecessidade, visto que todas as normas jurídicas do sistema integram-se aos princípios estabelecidos pela Constituição, deixou de forma expressa sua sintonia com o Título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, de nossa carta constitucional, ao estabelecer:

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

Dessa forma, resta claro que a lei de defesa da concorrência deve ser interpretada à luz da ordem econômica constitucional brasileira. Com isso, ratifica-se a afirmação de que o direito antitruste brasileiro entende a

15 Paula Forgioni, op. cit., p. 126.

concorrência como um instrumento que visa o alcance de objetivos constitucionais superiores.

Essa premissa é fundamental para que a lei possa ser interpretada e aplicada de forma a trazer a maior quantidade de benefícios ao mercado brasileiro, entendido este como a coletividade de produtores e consumidores.

Para identificar as práticas restritivas da concorrência que podem ser autorizadas à luz da Lei 8884/94, é oportuna a análise do artigo 20 do mesmo dispositivo, que dispõe sobre as condutas que podem constituir infração à ordem econômica.

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§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 economia¹⁶."

Da análise do presente dispositivo, depreende-se que são condutas ilícitas, independentemente de culpa ou da ocorrência dos efeitos prejudiciais à ordem econômica: prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer posição dominante de forma abusiva.

16 §3º acrescentado pela Lei 9069, de 29 de junho de 1995.

Entretanto, deve-se observar a exceção estabelecida pelo §1º ao inciso II, ou seja, não constitui infração à ordem econômica o domínio de mercado relevante que resultar da maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes. Esta disposição é importantíssima, na medida em que, se a conduta de dominar mercado relevante fosse um ilícito *per se*, daí adviriam inúmeros prejuízos à coletividade, pois, se uma empresa exerce essa posição sem abusar de seu poder econômico, isso ocorre porque ela é geradora de diversas eficiências para a coletividade, tais como inovações tecnológicas, mão de obra bem remunerada, alta produtividade e conseqüentes preços baixos.

Na análise de atos de concentração ou de abuso do poder econômico é importante observar o artigo 21 da lei em discussão, visto que este traz um rol exemplificativo de condutas que podem caracterizar infrações à ordem econômica, na medida em que ocorrerem as hipóteses previstas no artigo 20 e seus incisos.

O artigo 54 da Lei 8884/94 (aqui transcrito somente até o §2º, onde limita-se a análise do presente trabalho), que diz respeito às formas de controle de atos e contratos, tem a seguinte redação:

"Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado 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 atenda as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços;
- 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 3 (três) das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivos preponderantes da

economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

Da leitura do dispositivo transcrito resta claro que determinados atos de concentração podem ser autorizados pelo CADE, desde que atendam determinadas condições, que estão previstas nos incisos I a IV do §1º. Em primeiro lugar, de acordo com o inciso I, o ato concentracionista deve ter como objetivo a obtenção de pelo menos uma das quatro eficiências descritas nas três alíneas do referido inciso, que são: aumento de produtividade; melhoria da qualidade dos produtos; desenvolvimento tecnológico (eficiência inovativa) e desenvolvimento econômico. Em segundo lugar (inciso II), os benefícios do ato devem ser repartidos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores, isto é, supondo, por exemplo, que haja diminuição dos custos de produção, uma parte dessa economia deve ficar com os consumidores, obviamente através da redução dos preços dos produtos. Em terceiro lugar, o ato não pode implicar eliminação substancial da concorrência no mercado relevante. Finalmente, o inciso IV exige que *sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados*.

Enorme importância para o presente trabalho tem o §2º do artigo 54, pois ele confere um poder de discricionariedade ao CADE no âmbito da análise de concentrações. Alguns autores preconizam que já há poder discricionário nas outras hipóteses em que se admitem práticas de restrição à concorrência, visto que é dado ao CADE o poder de analisar as possíveis eficiências a serem obtidas com a autorização de determinado ato. Esses autores entendem que o §2º do artigo 54 confere-lhes um poder ainda maior, pois, além da análise das eficiências, os conselheiros terão que deliberar ainda sobre o que entendem por *motivo preponderante da economia nacional e do bem comum*.

Realmente o §2º confere um poder discricionário aos conselheiros do CADE, entretanto, a nós não parece haver delegação legal desse poder nas demais hipóteses de autorização de práticas restritivas à concorrência. Isto porque, nestas hipóteses, o trabalho realizado pelo CADE é uma análise econômica que procura mensurar as vantagens que poderão ser trazidas pelo percebimento das eficiências pelo mercado e as desvantagens que advirão da restrição à competição, ou seja, trata-se simplesmente de uma análise econômica.

É inegável que influências políticas poderão alterar o resultado dessa análise, todavia, não se trata de autorização legal, por isso não há poder discricionário.

O mesmo entendimento têm Eros Roberto Grau e Paula Forgioni: *Insista-se em que, no sistema da lei brasileira, o que se tem em vista são condições bem definidas, vinculantes do controle exercido pela autoridade antitruste, e não razoabilidade do prejuízo à concorrência. Aquelas condições é que informam a decisão sobre a autorização [= aprovação] do exercício da prática, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94¹⁷.*

Provavelmente alguns autores interpretam o poder de autorização conferido pelo §1º como um poder discricionário em razão da própria redação do dispositivo: *O CADE **poderá** autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições.* O uso da palavra *poderá* leva à idéia da existência de um poder discricionário. Seria melhor se o legislador tivesse utilizado a palavra *deverá* em seu lugar. Mesmo porque não faria sentido a delegação de um poder discricionário se foram estabelecidas condições para que o ato de concentração possa ser autorizado. Dessa forma, se forem atendidas as condições prescritas na lei, o ato deverá ser autorizado.

Se houvesse delegação desse tipo de poder discricionário, poderia falar-se em violação ao princípio constitucional da igualdade, por mais que fosse difícil provar que a decisão proferida pelo CADE teria o sido com abuso de poder, visto que, como dito, a decisão é precedida de rigorosa análise econômica.

No sentido de repudiar a existência de poder discricionário no âmbito do §1º do artigo 54, posição muito mais contundente é a de José Inácio Gonzaga Franceschini: *Conclui-se, assim, que quando o §1º do art. 54, citado, estabelece que "o CADE **poderá** autorizar" os atos de concentração de que trata o caput do dispositivo, a expressão não pode ser considerada como ensejadora de controle, pelo Estado, da atividade econômica ou da conduta empresarial (função banida pela Constituição vigente). Na realidade, a interpretação sistemática e teleológica de todo o ordenamento jurídico da concorrência exige que o texto sob exame seja lido a contrario sensu: o Estado, no exercício de seu poder-dever de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência **não pode deixar de aprovar** o ato de concentração quando atendidos os requisitos indicados no §1º e não o inverso¹⁸.*

7. CONCLUSÃO

17 Eros Roberto Grau; Paula Forgioni, op. cit.

18 Op. cit., p. 36.

Diante de todas as reflexões desenvolvidas, tem-se, em primeiro lugar, que a defesa da concorrência é geralmente a melhor forma de se buscar as eficiências, no sentido de obter-se o melhor funcionamento possível do mercado.

Entretanto, tendo-se em vista o fenômeno da concentração dos agentes econômicos, e da conseqüente concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes, não se deve desprezar as eficiências que podem advir desses fenômenos, simplesmente porque, em princípio, a livre concorrência é benéfica para o mercado.

É aí que reside a grande importância de se ter um órgão julgador - de atos de concentração e de possíveis abusos de poder econômico por parte dos agentes que exercem posições dominantes - de alta qualidade, pois se o fenômeno da concentração econômica é um fato natural do mercado e pode trazer alguns benefícios (as eficiências), assim como prejuízos, o papel desse órgão é justamente defender a concorrência, porém ao mesmo tempo otimizando as eficiências que podem decorrer de um ato de concentração.

Resta clara a idéia de que, no que concerne ao tema aqui desenvolvido, é exatamente este o papel da lei de proteção à concorrência: estabelecer mecanismos de controle dos atos de concentração, para que se possa atingir o melhor equilíbrio possível entre preservação da concorrência e percepimento das eficiências oferecidas pelos grandes agentes econômicos.

8. BIBLIOGRAFIA

- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988, p. 455/465.
- CRETILLA JR., José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência, *Revista do IBRAC*, vol. 4-5.
- _____. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à lei antitruste*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998.
- FORGIONI, Paula. *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antonio. As eficiências econômicas sob o prisma jurídico. *Revista de Direito Econômico*, vol. abr./jun., p. 25/37, 1996.

- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites, Lei nº 8.884/94, de 1994, e Lei nº 6.729, 1979 ("Lei Ferrari"). Revista do IBRAC, vol. 6-1.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.