

ADMISSIBILIDADE DE ATOS QUE LIMITAM A CONCORRÊNCIA

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Professor Titular de Direito Econômi-
co da Faculdade de Direito da
U.F.M.G.

Os atos de concentração, com a consequente formação de um poder econômico privado, podem ser vistos sob dois ângulos: primeiro como um fato benéfico e por vezes necessário, e, em segundo lugar, como um fato nocivo às relações de mercado. Na primeira hipótese fala-se em **admissibilidade** dos atos de concentração, no segundo, de ilicitude.

O problema da admissibilidade de atos que possam limitar a concorrência nos lembra a observação de Gérard Farjat, segundo a qual a característica fundamental das **leis antitruste** é que elas, no artigo primeiro, condenam os atos atentatórios contra a concorrência, e, no artigo segundo, admitem todos esses atos ⁽¹⁾. Encontramo-nos, assim, perante dois direcionamentos anti-téticos em que se proíbem atos que diminuam ou restrinjam a concorrência, ou tendam a eliminá-la, e em que, ao mesmo tempo, tais atos são admitidos ou até mesmo incentivados e estimulados.

Devemos refletir sobre a possibilidade de encontrar um critério, ou vários, para dar solução adequada a esse dilema.

Não podemos esquecer que a finalidade das normas contidas numa lei antitruste é a de garantir o funcionamento do mercado. Admite-se que num contexto de mercado exista a possibilidade de nele entrarem todos quantos queiram fazê-lo, de nele atuarem livremente todos aqueles que assim queiram agir, de dele saírem todos os que desejem assim agir. O conceito de mercado pressupõe liberdade de agir e uma liberdade que atinja todos indistintamente. Acredita-se que o mercado seja a fonte de leis que levem a um equilíbrio indetectível ⁽²⁾.

1 . Droit économique, 1982, p. 470.

2 . Como ensina ERNEST GELLHORN, "the antitrust laws are designed to control the exercise of private economic power by preventing monopoly, punishing cartels, and otherwise protecting competition. See *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231, 249 (1951). Competition is relied upon as the principal mechanism of control. It is generally agreed that the primary goal of antitrust is to increase consumer welfare by

AS NORMAS DO DIREITO NORTE-AMERICANO: O SHERMAN ACT e o CLAYTON ACT: campanha presidencial de Theodor Roosevelt.

O intuito de aprovação do Sherman Act foi o de prover as Cortes de subsídios para decidir uniformemente as questões de combinações. Este diploma legal não foi um rompimento com o passado, mas foi fruto do desejo de se cristalizarem as decisões que já vinham sendo dadas pelo Common Law. Assim é que o Senador Sherman afirma que o propósito dessa lei foi o de propiciar a aplicação dos mesmos remédios que vinham sendo aplicados em cada Estado contra as combinações ⁽³⁾.

assuring that markets remain open to entry and that output can expand - thus to maximize national wealth. Whether antitrust also serves to promote equality of business opportunity, the just distribution of goods, or other social or political goals is a matter of intense debate” (Antitrust Law and Economics, 3d. ed., 1986, p. 1).

3 . The purpose of this bill is to enable the courts of the United States to apply the same remedies against combinations... that have been applied in the several States... It aims at unlawful combinations. It does not in the least affect combinations in aid of production where there is free and fair competition.

This bill does not seek to cripple combinations of capital and labor, the formation of partnerships or of corporations, but only to prevent and control combinations made with a view to prevent competition, or for the restraint of trade, or to increase the profits of the producer at the cost of the consumer. It is the unlawful combination, tested by the rules of common law and human experience, that is aimed at by this bill, and not the lawful and useful combination. ... If their business is lawful they can combine in any way and enjoy the advantage of their united skill and capital, provided they do not combine to prevent competition.

But associated enterprise and capital are not satisfied with partnerships and corporations competing with each other, and have invented a new form of combination commonly called trusts, that seeks to avoid competition by combining the controlling corporation, partnerships, and individuals engaged in the same business, and placing the power and property of the combination under the government of a few individuals, and often under the control of a single man called a trustee, a chairman, or a president.

The sole object of such a combination is to make competition impossible... The law of selfishness, uncontrolled by competition, compels it to disregard the interest of the consumer...

If we would not submit to an emperor we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity...

I admit that it is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do is to declare general principles, and we

O Direito Norte-americano padeceu também o impacto desse conflito entre proibir definitivamente atos que afetassem a liberdade de concorrência e permitir alguns atos, ainda que pudessem restringir a liberdade de concorrência.

Desde os primórdios da aplicação do Sherman Act houve moções de rejeição a uma lei que viesse ferir a liberdade de comércio. Sentia-se que as grandes corporações eram necessárias para o crescimento econômico do país. Já em 1910 assim se manifestava HERBERT NOBLE:

“Nestes dias de grandes realizações industriais é evidente que são exigidas grandes concentrações de capital para realizar a obra de hoje, e que este capital somente pode ser fornecido por grandes concentrações de interesses privados ou pelo Governo. Não é do espírito de nossas instituições que o Governo venha a fornecer capital para empreendimentos privados, e por isso devemos depender de grandes concentrações de interesses privados, com grandes concentrações de capital.

.....
“A pronta distribuição de informação para qualquer negócio é sumamente benéfica, não somente para os industriais, mas também para os consumidores. Ela resulta em aperfeiçoamento de métodos, redução de custo, aperfeiçoamento do produto, desenvolvimento de máquinas especiais e de processos.

.....
Qualquer pessoa sem preconceito deverá reconhecer estas vantagens de combinações, e é por causa de tais combinações que nosso desenvolvimento industrial é tão grande, e que nosso país está aumentando sua riqueza nacional e a prosperidade de seu povo (⁴).

can be assured that the courts will apply them so as to carry out the meaning of the law, as the courts of England and the United States have done for centuries... Is sometimes said of these combinations that they reduce prices to the consumer by better methods of production, but all experience shows that this saving of cost goes to the pockets of the producer. The price to the consumer depends upon the supply, which can be reduced at pleasure by the combination... (12 Cong. Rec. 2455 ff (1890) - apud AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis, Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases. 4th ed., 1988, p. 52-53).
 4 . The Sherman anti-trust act and industrial combinations, American Law Review, ano 44, nº 2, 1910, p. 12-13.

O Sherman Act passou a ser criticado, defendendo-se a necessidade de uma lei que não impedisse de forma tão radical os atos de concentração econômica. O excessivo rigor da lei Sherman foi sentido, com base no pressuposto de que não se poderia proibir de forma abrangente toda e qualquer combinação e de que o monopólio pode ter algum proveito. Assim é que o Presidente Theodor Roosevelt, em sua última mensagem anual, criticou severamente aquele diploma:

“Eu creio que seja pior do que uma insensatez tentar proibir todas as combinações como é feito pela lei antitruste Sherman, porque uma tal lei pode ser executada só imperfeitamente e não-equitativamente. Eu defendo energicamente que, em lugar de um insensato esforço para proibir todas as combinações, deverá promulgar-se em substituição uma lei que expressamente permita combinações que sejam do interesse público, mas deverá ao mesmo tempo dar-se a algum órgão do governo nacional plenos poderes para controlá-las e para supervisioná-las (5).”

Este posicionamento da doutrina norte-americana revela que há necessidade de normas que coibam as concentrações que causem dano à sociedade como um todo, mas que se faz também imperioso permitir concentrações que apóiem vantagens para a comunidade. A doutrina norte-americana do **illicitum per se** foi questionada sob o pressuposto de que nem todo monopólio, nem todo ato de concentração econômica é prejudicial para a sociedade.

O CLAYTON ACT em seu artigo segundo introduz um abrandamento ao rigorismo estabelecido pelo diploma até então vigente ao determinar que a ilegalidade existiria quando o efeito da discriminação pudesse **diminuir substancialmente a concorrência, ou mesmo causar dano, destruir ou**

5 M.S. HOTTENSTEIN, The Sherman anti-trust law, American Law Review, Ano 44, n. 6, p.852, November-December, 1910. E acrescenta HOTTENSTEIN que “a lei antitruste Sherman baseia-se na teoria segundo a qual em matéria de comércio, a competição é vantajosa para a sociedade, enquanto o monopólio é prejudicial. É ela a única lei federal que atende à preservação da competição no comércio. Um dos senadores do meio-oeste é de opinião que, se nós queremos manter a teoria da competição da vida industrial, esta lei deve não somente ser rigidamente aplicada, mas reforçada de tempos em tempos, de tal forma que quer o monopólio, quer qualquer outra forma efetiva de dominação seja evitada”.

impedir a concorrência ⁽⁶⁾. Criou-se, no mesmo ano de edição dessa lei, um Tribunal especializado em decidir tais questões, a Federal Trade Commission.

É de se salientar, desde logo a dificuldade em definir o conteúdo exato de tais expressões. Que significa “*diminuir substancialmente*”, quais os limites semânticos entre “*destruir*” e “*impedir a concorrência*”? São expressões, no dizer de POSNER, **opacas**, para cuja interpretação será necessário recorrer a subsídios alheios ao terreno abstrato do Direito. Mas adiante nos referiremos ao princípio da análise econômica do direito, como uma das tentativas de dar concretude, de conferir aderência à realidade a esses conceitos abstratos estabelecidos pelo legislador ⁽⁷⁾.

6 . “It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers or either of them”.

7 . Afirma R. POSNER: “To the layman a “law” is a rule written down in a book somewhere. The lawyer, however, realizes that the matter is frequently a good deal more complex. There are federal antitrust statutes, and they are quite brief and readable compared to the Internal Revenue Code. But their operative terms - “restraint of trade”, “substantially to lessen competition”, “monopolize” - are opaque and the congressional debates and reports that preceded their enactment, and other relevant historical materials, only dimly illuminate the intended meaning of the key terms. The courts have spent many years interpreting, or perhaps more accurately supplying, their meaning, but the course of judicial interpretation has been so marked by contradiction and ambiguity as to leave the law in an exceedingly uncertain and fluid state. What is more, the rules of law as they are articulated and as they are applied to alter behaviour are often, as is true in this instance, two quite different things. The rules in practice, as distinct from the theory, are critically affected by sanctions, by procedures, and by the policies and incentives of enforcers. Thus the situation in antitrust law is fluid and uncertain and is frequently in conflict with the legal theory, such as it is. The antitrust field is in need of a thorough rethinking of both its substantive and administrative aspects, and the essential intellectual tool for this process of rethinking, I believe - besides simple logic and common sense, which are scarce commodities in this as in most fields - is the science of economics. The basic concern of the antitrust laws is with monopoly, which for many years economists have been studying intensively, free of the entanglements of precedents and legalism that prevent

Uma ilustração desse conflito normativo poderemos encontrar no **artigo 85** do Tratado de Roma. Ali, o **parágrafo primeiro** declara que “*são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum...*”

Abrindo uma linha de conflito, o **parágrafo terceiro** do mesmo artigo estabelece que “*as disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: a) a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; b) a qualquer decisão ou categoria de decisões, de associações de empresas, e c) a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e que:*

- a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;*
- b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*

A norma europeia vem, assim, ao mesmo tempo, proibir e admitir atos que interfiram na liberdade de concorrência.

O Tratado de Maastricht conservou inalterada a redação do artigo 85 do Tratado de Roma. Ao estabelecer, na Parte III, a **Política da Comunidade**, o legislador comunitário fixa, no **Título I**, as **regras comuns**. O **capítulo I** estabelece as **regras de concorrência**, em primeiro plano aquelas **aplicáveis às empresas**, e, num segundo, as **práticas de dumping** e os **auxílios concedidos pelo Estado**.

Observa-se, em todo o **título I**, que fixa as **regras comuns**, uma **alternância** entre a necessidade de coibir os acordos de concorrência desleal e a conveniência de permitir os acordos que satisfaçam a determinadas exigências.

- a)** A expressão mais evidente dessa alternância podemos vê-la no **artigo 85**, em que as disposições dos **incisos 1 e 2** são contrastadas pelas do **inciso 3**.

lawyers from rethinking a field of law from the ground up. The work of the economists provides at least a starting point of analysis. (Antitrust Law: An Economic Perspective, 1976, p. 3).

O mesmo dilema vamos encontrar no **artigo 92**, em que se definem a **compatibilidade** e a **incompatibilidade** dos auxílios concedidos pelos Estados com o **mercado comum**.

DIREITO CANADENSE:

A lei atualmente vigente no Canadá, o **Competition Act**, promulgada em 1986, veio substituir o **Combines Investigation Act**, de 1970. A mentalidade adotada é a mesma de outros países, principalmente dos Estados Unidos e também da União Européia. Como salienta **Charles D. Gonthier**, da Corte Suprema do Canadá, esta lei foi resultado de um esforço para *“adaptar nossas políticas e instituições a fim de encontrar um equilíbrio entre a concorrência e o desenvolvimento econômico interior”* ⁽⁸⁾.

O **artigo 91** do Competition Act define **fusão** (*merger - fusionnement*) como *“a aquisição ou estabelecimento, direta ou indiretamente, por uma ou mais pessoas, quer por compra ou locação de participações ou elementos de ativo, quer por fusão, associação de interesses ou qualquer outra forma, do controle sobre a totalidade ou alguma parte de uma empresa de um concorrente, de um fornecedor, de um cliente, ou de outra pessoa, ou ainda de um interesse relativamente importante na totalidade ou alguma parte de tal empresa”*.

O **artigo 92** dispõe que o Tribunal da Concorrência pode, por requisição do Diretor do Bureau, tomar as medidas capazes de impedir os efeitos maléficos das fusões sobre o mercado, **com as reservas estabelecidas nos artigos 94 a 96**.

E quais são essas reservas?

São justamente os casos em que **são admissíveis as concentrações**. O **artigo 95** determina que o Tribunal não tomará medidas impeditivas de fusões se verificar que estas foram implementadas com o propósito de **“emprender um projeto específico ou um programa de pesquisa e desenvolvimento”**.

O **artigo 96** determina ainda que *“o Tribunal não imporá a ordem prevista no artigo 92 nos casos em que concluir que a fusão, realizada ou proposta, que é objeto da denúncia teve como efeito ou terá provavelmente como efeito acarretar **ganhos de eficiência**, que estes **ganhos ultrapassarão e neutralizarão** os efeitos da eliminação ou redução da concorrência que resultarão ou provavelmente resultarão da fusão realizada ou proposta e que*

8 . Prefácio da McGill Law Journal - Revue de Droit de McGill, vol. 38, n. 3, 1993, p. 513.

estes **ganhos** não seriam provavelmente obtidos se a ordem tivesse sido imposta”.

Para fazer essa verificação a lei estabelece um critério. O Tribunal deverá apurar se essas **ganhos em eficiência** se traduzirão num “*aumento relativamente importante do valor real das exportações*” e também se houve “*uma substituição relativamente importante de produtos nacionais a produtos estrangeiros*”.

Estas exceções estão já previstas no próprio **artigo 1º do Competition Act**, ao se especificar que esta lei “*tem por objeto preservar e favorecer a concorrência no Canadá com a finalidade de estimular a adaptabilidade e a eficiência da economia canadense, de melhorar as oportunidades de participação canadense nos mercados mundiais* levando em conta ao mesmo tempo o *papel da concorrência estrangeira, no Canadá, de assegurar à pequena e à média empresa uma oportunidade honesta de participar da economia canadense, bem como com a finalidade de assegurar aos consumidores preços competitivos e uma escolha de produtos*”.

Para que as decisões e as denúncias empreendidas pelo Diretor do Competition Bureau não partam do vazio, ou de critérios subjetivos, estabeleceram-se **diretrizes para análise das fusões** (Merger Enforcement Guidelines of The Director of Investigation and Research), ficando ressalvado sempre que “*a interpretação final da lei é responsabilidade do Tribunal da Concorrência e das Cortes*”.

A lei deixa claro que a concorrência não é um fim em si mesma, mas tem também outros objetivos. O artigo primeiro, acima citado, evidencia que o primeiro objetivo é a **promoção da eficiência** e a **adaptabilidade da economia canadense**. Pretende-se que a **manutenção e estímulo da concorrência** acarretem como consequência lógica a **promoção da eficiência** e a **adaptabilidade da economia canadense**. Mas podem existir situações em que esse equilíbrio não se concretize. E o **artigo 96**, acima citado, focaliza justamente essa situação. Não se poderá emitir uma ordem de desfazimento de uma fusão quando se verificar que os **ganhos de eficiência** serão maiores do que os efeitos de eliminação ou diminuição da concorrência, ou mesmo se equilibrarão com estes ⁽⁹⁾.

A análise dessa questão envolve problemas de método. A avaliação desses **ganhos** não pode ser feita somente com **critérios legais**. O equilíbrio entre a manutenção e estímulo da concorrência e a promoção da eficiência e

9. Merger enforcement guidelines of the Director of Investigation Research, Part 5, in The 1995 annotated Competition Act, Robert S. Nozick, Scarborough, Carswell, 1995, p. 298-299.

adaptabilidade da economia somente pode ser aferido com clareza se se utilizarem critérios econômicos.

Mas uma outra vertente da reunião de empresas pode ser vista através do fenômeno das **alianças estratégicas**. Numa época de crescentes pressões da concorrência internacional, de globalização de mercados e de eliminação de barreiras comerciais, algumas empresas podem ter dificuldade em competir com os produtos e serviços de seus rivais. Para ter maior força competitiva algumas empresas formaram organizações de cooperação, chamadas de **alianças estratégicas**, como um meio para incrementar sua competitividade. Tais alianças são uma necessidade, mas podem acarretar um **poder econômico**

Tais alianças podem revestir-se das mais variadas formas jurídicas, e as **motivações** para formar alianças também podem ser muito diversificadas, como a **pesquisa, a eficiência, aprendizagem-informação, o acesso ao mercado**, e até mesmo ter **finalidades anticoncorrenciais**. Em tais circunstâncias, o conceito de **ilegalidade** - “undueness” ou “unreasonableness” - exige um exame do **poder econômico de mercado** alcançado pelas partes que formam a aliança e uma análise da **conduta** possivelmente ilegal ⁽¹⁰⁾.

DIREITO FRANCÊS

A lei francesa de 1986 - **Ordonnance n.º 86-1243**, de 1º de dezembro de 1986, modificada pela Lei n.º 96-588, de 1º de julho de 1996 - no **artigo 10**, prevê também a exceção às proibições estabelecidas nos artigos 7 e 8:

10 . The Supreme Court has stated that it is the combination of market power and injurious behaviour that makes a lessening of competition undue. ... Applying the above test to strategic alliances would involve the following determinations. First, have the parties to the alliance entered into an agreement? Second, does the alliance, or is it likely to, unduly lessen or prevent competition? Third, do the requisite elements of intent exist? In order to address the issue of undueness within the framework discussed by the Supreme Court, the Bureau will: (i) define the relevant product and geographic markets affected by the strategic alliance; (ii) determine whether the parties to the alliance possess market power in the defined relevant markets, or whether they are likely to obtain market power in these markets as a result of the alliance; (iii) assess what behaviour is specifically restricted or prescribed by the strategic alliance; and, (iv) determine if the alliance results in a combination of market power and behaviour injurious to competition which is serious or significant (Strategic alliances under the Competition Act. Director of Investigation and Research - Information Bulletin, 1995, p. 7).

Article 10

Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques:

.....
*2. dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un **progrès économique** et qu'elles réservent aux **utilisateurs** une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques (loi n.º 96-588 du 1.er juillet 1996, art. 3) "qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun" ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de **progrès**".*

Certaines catégories d'accords (loi n.º 96-588 du 1.er juillet 1996, art. 4) "ou certains accords", notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la Concurrence".

O legislador não podia definir o conteúdo nem delimitar o alcance de "progresso econômico", assim como lhe é impossível estabelecer critérios legais de definição do que seja "abuso". Poderíamos dizer que o progresso econômico é o resultado da **inovação tecnológica**. Esta poderia ser descrita como a procura e a descoberta, o desenvolvimento, o aperfeiçoamento, a adoção e comercialização de novos processos, produtos, e de estruturas e procedimentos organizacionais ⁽¹¹⁾.

11 . JORDE, Thomas M., TEECE, David J., Antitrust, innovation, and competitiveness, 1992, p. 48. "Innovation is the search for and the discovery, development, improvement, adoption and commercialization of new processes, products, and organizational structures and procedures. It involves uncertainty, risk taking, probing and reprobating, experimenting, and testing. It is an activity in which "dry holes" and

Para que se dê a inovação tecnológica, será muitas vezes necessário que várias empresas reúnam seus esforços, será necessário que haja concentração. É inerente à tentativa de inovar a existência de incertezas, de riscos, de experimentações, de testes, de erros e acertos. As pequenas empresas não têm condições nem suporte financeiro para ousar nesse campo arriscado. Mesmo as grandes, terão muitas vezes que se unir umas às outras. Daí a necessidade da concentração e a sua justificação. O direito canadense reconhece a necessidade da existência de **alianças estratégicas**, que têm por finalidade a união de esforços para a criação de algo novo, dirigido ao futuro, para a criação de novos mercados ⁽¹²⁾.

Estas uniões visam impulsionar o movimento de um estado estacionário para um estado de dinamicidade constante. A finalidade do progresso econômico é a realização de uma sociedade próspera. Como assinala **Alain Bienaymé**, tendo em vista este movimento incessante, “*o gênio humano faz progredir a produtividade através de inovações nos métodos de organização sem os quais aquelas não desenvolvem todas as suas vantagens*” ⁽¹³⁾.

A **inovação tecnológica** é a causa eficiente, enquanto o **progresso econômico** é a causa final. As empresas não inovam simplesmente por inovar. O seu objetivo é o de produzir o progresso econômico, entendido como uma situação de **equilíbrio** desejado no mercado, com resultados sociais marcantes: o bem estar do consumidor, a realização pessoal do trabalhador.

“blind alleys” are the rule, not the exception. Many of these aspects are well-known and have been frequently analyzed in the economics literature”.

12 . “Alliances may also act as a mechanism for transferring the skills and relationships of employees within participating firms. These resources may be hard to acquire through normal market transactions. Many alliances involve something new, innovative and forward-looking: a new research and development program, new products, technologies and processes, or a new marketing strategy to be conducted jointly by the parties. The adjective ‘strategic’ has a definite meaning here. It implies a concern with the longer-term, with investment rather than day-to-day operations, and with developing new markets rather than servicing existing ones” (Strategic alliances under the Competition Act - Director of Investigation and Research, 1995, p. 2).

13 . Le progrès économique en droit de la concurrence, Revue de la Concurrence et de la Consommation: Droits et Marchés: Atelier de réflexion sur la concurrence: 22 mai 1996: Progrès Économique, Documentation Française, n° 94, Supplément Nov.-Déc. 1996, p. 4. Obtempera ainda o mesmo autor: “C’est pourquoi il faut avoir une conception suffisamment stricte du contenu du progrès économique pour que, connaissant les ressources supplémentaires qu’il apporte à la nation, des affectations prioritaires permettent d’atténuer les sacrifices reconnus comme sincères et légitimes. Une conception fourre-tout du progrès économique déboucherait au contraire sur la confusion, l’inaction, le gaspillage” (Ibid., p. 4).

A inovação implica **incerteza e assunção de riscos, vultosos investimentos**, o que somente pode fazer-se através da reunião de esforços de várias empresas. A **concentração** é muitas vezes o instrumento adequado para a busca da inovação. Resta verificar se os resultados, se os benefícios desse progresso econômico revertem sobre o consumidor e sobre a liberdade do mercado.

Deverá fazer-se, destarte, um **balanço econômico da concentração**, para verificar-se a sua admissibilidade ⁽¹⁴⁾. Esta possibilidade de desmanchar a ilicitude de uma concentração que, entretanto, ultrapassa os limiares legais e ofende a concorrência, quando ela **“compensa”** esta ofensa com uma **“contribuição suficiente para o progresso econômico”**, evoca o procedimento de justificação das combinações e dos abusos de dominação que tenham por efeito **“garantir um progresso econômico”** (Ordonnance n.º 86-1243, 1.er décembre 1986, art. 10-2). O Conselho da Concorrência deverá assim interrogar-se sobre a questão de saber se o progresso alegado é verossímil, se constitui mesmo um progresso econômico para a coletividade em seu conjunto, e não somente uma vantagem para as empresas obtida em detrimento de seus concorrentes no mercado nacional ou de seus contratantes, quer estes sejam seus clientes ou seus fornecedores, e ainda se a operação examinada é estritamente necessária para a concretização do alegado progresso ⁽¹⁵⁾.

A existência do progresso econômico exigido para justificar o entrave à concorrência é reconhecida quando os resultados do balanço econômico se revelam **“tangíveis, positivos e suficientes”** ⁽¹⁶⁾.

14 . Observava FARJAT, anteriormente à nova lei francesa, que “le progrès économique est un bien grand mot depuis les mises en doute de la croissance par de hauts responsables des économies privées et surtout depuis la crise! Peut-on sérieusement prétendre que les atteintes à la concurrence seraient seulement justifiées par le développement du progrès économique et jamais par les récessions et les crises, qui sont un facteur puissante de l’intervention de l’État! (Droit Économique, 1982, p. 521). E mais adiante acrescenta o mesmo autor: “On notera simplement qu’en ce qui concerne le droit économique, l’analyse des faits n’est pas seulement contingente, mais permanente. Il ne s’agit pas seulement d’observer dans les faits la naissance d’un droit nouveau - ... - mais l’observation des faits conditionne l’application d’une règle juridique. Ce rôle de l’observation des faits est particulièrement évident dans la législation antitrust où la qualification de “bonne” ou “mauvaise” entente dépend d’un “bilan économique” (Ibid., p. 732-733).

15 . LAMY DROIT ÉCONOMIQUE, 1997, n° 538.

16 . Selinsky, V., L’entente prohibée, Librairies Techniques, 1979, p. 322, apud LAMY Droit Économique, n° 709.

O progresso econômico que surge assim ao termo desse balanço corresponde a vantagens obtidas quer com relação à **produtividade**, quer com relação às **condições do mercado**.

O aumento da produtividade é o primeiro fator de desenvolvimento do progresso econômico. A melhoria da produtividade deve ser levada em conta.

Uma combinação ou um abuso de dominação pode ser também justificado se acarreta uma melhoria das condições do mercado, o que é um fator de progresso econômico.

Os beneficiários do progresso econômico devem ser os consumidores e a economia geral ⁽¹⁷⁾.

A INOVAÇÃO

As legislações sobre concorrência encerram todas elas, como visto acima, algumas disposições sobre a possibilidade de ocorrerem concentrações econômicas quando o seu objetivo é o de favorecer a **inovação tecnológica**.

A questão é bastante tormentosa, porque, se as empresas necessitam unir-se para ter maiores recursos para pesquisa, a união poderá simultaneamente eliminar a concorrência e tornar desnecessária a **inovação**. Não se pode impedir a concentração, as fusões e as alianças estratégicas, quando têm elas um efetivo comprometimento com o alcance da **inovação** no campo tecnológico. A pesquisa envolve sempre a inversão de enormes somas de recursos, a incerteza do sucesso, as idas e vindas e o risco. THOMAS M. JORDE e DAVID J. TEECE assim conceituam **inovação**:

“Inovação é a procura e a descoberta, desenvolvimento, incremento, adoção e comercialização de novos processos, de produtos, de estruturas organizacionais e de processos. Ela envolve incerteza, assunção de riscos, provas e mais provas, experimentação e testes. Ela é uma atividade na qual “buracos negros” e “becos sem saída” são a regra, não a exceção. Muitos desses aspectos são bem conhecidos e têm sido freqüentemente analisados na literatura econômica” ⁽¹⁸⁾.

PHILLIP AREEDA, na comemoração dos cem anos de vigência da Lei Sherman, indaga-se se a legislação antitruste poderia enfrentar o desafio de continuar sendo o núcleo da política industrial dos Estados Unidos, para

17 . LAMY DROIT ÉCONOMIQUE, 1997, n° 713.

18 . Innovation, cooperation, and antitrust, in Antitrust, innovation, and competitiveness, Thomas M. Jorde, David J. Teece, New York, Oxford University Press, 1992, p. 48.

concluir que isto será possível se houver receptividade para a **eficiência, para o crescimento e para a inovação** ⁽¹⁹⁾.

O DIREITO BRASILEIRO: ART. 54 da LEI n.º 8.884/94.

As normas contidas no **artigo 54 da Lei n.º 8.884/94** também colocam esse mesmo problema. E dentro desse dilema aberto pelo legislador, surge para o aplicador da lei a pergunta sobre a aplicabilidade de uma ou de outra. É importante ver todo o texto legal referente à matéria, para que se tenha uma percepção contextual:

***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.

19 . “For 100 years, the Sherman Act has been at the core of America’s industrial policy. Whether antitrust law can meet the challenge of that office for the next century depends on (1) its receptivity in principle to efficiency, growth, and innovation; (2) its ability to implement its principles in practice; and (3) the availability of supplementary mechanisms to insulate an occasional arrangement from the usual antitrust tribunals” (Phillip Areeda, Antitrust law as industrial policy: should judges and Juries make it? in Antitrust, innovation, and competitiveness, New York, Oxford University Press, 1992, p. 29). E acrescenta, noutra obra, o mesmo Autor: “In the long run, technological progress contributes far more to consumer welfare than does the elimination of the allocative inefficiencies. The course of technological progress is largely controlled by the pace of innovative activity. According to an argument associated with Professor Schumpeter, that pace is quickened by firms with considerable market power. Such power guarantees them a stable future conducive to planning and heavy investment in new technology. It protects them from imitators and thus allows them to reap for themselves all the gains of their innovative activity. It provides them with both the resources and incentives to finance risky research and development and to invest in the results”. (Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases. 4th ed., 1988, p. 37.

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 preponderante 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 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, ou unidade de valor superveniente ⁽²⁰⁾.

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

§ 5º - A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE,

20. A redação do § 3º foi alterada pelo art. 55 da Medida Provisória nº 542, de 30.6.94, que instituiu o Plano Real. Na redação anterior o percentual era de 30% (trinta por cento) ou mais de um mercado relevante.

sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do artigo 32.

§ 6º - Após receber o parecer técnico da SPE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de trinta dias.

§ 7º - A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo de trinta dias estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§ 8º - Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

§ 9º - Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10º - As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo - DNRC/MICT, respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Art. 55 - *A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE,*

se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Art. 56 - *As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:*

- I- a declaração precisa e detalhada do seu objeto;*
- II- o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;*
- III- o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;*
- IV- o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;*
- V- os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;*
- VI- o prazo de duração da sociedade;*
- VII- o número, espécie e valor das ações.*

Art. 57 - *Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução.*

O conteúdo do “caput” do **art. 54** e de seus incisos da lei nova deverá ser confrontado, para melhor entendimento, com o **art. 74** da **Lei n.º 4.137**, de 1962, e com a modificação introduzida pela **Lei n.º 8.158**, de 1991.

O texto trazido pela **Lei n.º 4.137**, de 1962, era o seguinte:

“Art. 74 - Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;*
- b) regular o mercado;*

- c) padronizar a produção;*
- d) estabilizar os preços;*
- e) especializar a produção ou distribuição;*
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas”.*

A **Lei n.º 8.158**, de 1991, deu novo conteúdo e nova redação ao dispositivo legal acima transcrito:

“Art. 13 - O artigo 74 da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 74 - Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;*
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;*
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;*
- d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes”.*

A questão que se põe é a da inadmissibilidade radical de atos contra a concorrência, dentro da doutrina norte-americana do ilícito **per se** de qualquer ato que tenha a restringir a liberdade de comércio, ou a da tolerância e admissibilidade de alguns atos que, posto restrinjam a concorrência, têm no seu contexto elementos de justificação que os tornam aceitos.

O pensamento norte-americano foi sempre adepto da concepção do **ilícito per se**, como visto acima, mas com os abrandamentos posteriores. Mostra, com efeito, BENJAMIN SHIEBER que, no período de 1932 a 1935,

durante o governo de F.D. ROOSEVELT, a legislação americana chegou a admitir abrandamentos na lei antitruste (²¹). Especificamente, no caso **U.S. vs. Socony-Vacuum Oil Co.** a Suprema Corte deixou clara a prevalência do princípio do ilícito “*per se*”:

*“Os acordos para fixar preços no comércio interestadual são ilegais **per se** de acordo com a Lei Sherman; e nenhuma demonstração dos assim chamados abusos ou danos à concorrência que tais acordos seriam invocados para eliminar ou aliviar poderia ser interposta como defesa”.*

E, ao expor a posição da Corte Suprema, o JUSTICE DOUGLAS, arrimando-se em outros julgados, assim se manifesta:

“Os acordos de fixação de preços podem, ou não, ser dirigidos à completa eliminação da concorrência de preços. Os grupos que fazem esses acordos podem, ou não, ter poder para controlar o mercado. Mas o fato de os grupos não poderem controlar os preços do mercado não significa necessariamente que os acordos de preços não tenham utilidade para os membros da combinação. A efetividade dos acordos de fixação de preços é dependente de vários fatores, tais como táticas concorrenciais, posição na indústria, a fórmula subjacente às políticas de preços. Embora se possa pensar que alguns acordos para fixação de preços possam ter uma justificação econômica, a lei não permite uma indagação a respeito dessa sua razoabilidade. E-

21. Assinala SHIEBER: “De fato, houve uma modificação da política antitruste dos Estados Unidos nos primeiros anos do governo do Presidente FRANKLIN D. ROOSEVELT, mas esta fase encerrou-se em 1935. Até 1935, com fundamento em uma lei tratando da organização econômica do país, o National Industrial Recovery Act de 1933, atos que restringiam a concorrência puderam ser legitimados pela aprovação de um órgão composto de representantes das empresas, representantes dos trabalhadores, e representantes do público, aprovados pelo Presidente. Mas esta lei deixou de vigorar em 1935 e não foi renovada. E, ainda mais, a vigência de legitimações feitas sob a lei expiraram com a expiração da lei, como a Suprema Corte esclareceu no caso de *United States vs. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940)” (Abusos do poder econômico: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.), 1966, p. 111-112).

les são todos proibidos por causa de sua ameaça atual ou potencial ao sistema nervoso central da economia” (22).

O legislador brasileiro preferiu seguir a linha de conduta, já consagrada originariamente pelo Tratado de Roma, que, no **art. 85**, depois de declarar proibidas, no **item 1**, as práticas ali descritas como contrárias à liberdade de concorrência, permite a adoção de algumas condutas:

“3. As disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;*
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e*
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas.*

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;*
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*

Para uma economia como a brasileira, na atual fase de seu desenvolvimento, melhor se adequa o critério adotado pela União Européia, em que se admite a **razoabilidade** de algumas ações que possam configurar restrições à concorrência. Os critérios aferidores já examinados devem ser adotados com rigor razoável, principalmente os princípios relativos à **análise econômica do direito** e ao princípio da chamada **regra da razão**.

Aliás, quanto ao rigor do critério norte-americano da **ilicitude per se** dos atos contrários à concorrência, a aplicação da **regra da razão** produz os mesmos efeitos que a legislação brasileira agora sob exame e a legislação comunitária.

22. UNITED STATES vs. SOCONY-VACUUM OIL CO. INC et alii, U.S. 310, p. 150 (n. 1. Syllabus), p. 225-226 n. 59

A análise econômica do direito levará seguramente à verificação do confronto entre **prejuízos** (custos) e **benefícios** causados pelos acordos formalizados pelas empresas e submetidos à apreciação do CADE (²³).

O legislador adotou uma forma de **controle preventivo**, obrigando as empresas a, *no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização* (como consta do § 4º), apresentarem aqueles atos, “*mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.*”

Pode-se até imaginar que o legislador tenha optado por esse controle preventivo porque estaria convicto de sua inexequibilidade. E, com efeito, em relação ao Código de Proteção ao Consumidor, o legislador vetou esse controle prévio, certamente porque seria feito pelo Ministério Público, que conta com muito maior número de integrantes, com melhor infraestrutura, e, por isso, com melhores condições de efetivar esse controle preventivo. Ao criticar essa postura do legislador brasileiro, assim me expressei em publicação anterior:

“O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, neste ponto representa um lamentável atraso, pois rejeita a hipótese de controle preventivo, para ficar somente com o sucessivo. Não é necessário grande esforço exegético para se aperceber do atraso em que laborou o legislador brasileiro.”

23. Observa BENJAMIN SHIEBER que a disposição agora sob análise teria sido fruto de uma errônea interpretação da lei norte-americana. Assim diz ele: “O fundamento desta política de permitir legitimação de acordo em restrição da concorrência é uma crença na existência de “bons trustes, exposta pelo Ministro NELSON HUNGRIA em seu depoimento de 3 de fevereiro de 1956 perante a Comissão Especial incumbida de examinar o projeto da lei antitruste. O Ministro NELSON HUNGRIA exprimiu as razões que baseiam a política de permitir legitimação de acordos em restrição da concorrência nos seguintes termos: ‘Devemos ter em mente antes de tudo, o seguinte: na atualidade, no mundo econômico moderno, a corporação é elemento indispensável. Os trustes, os consórcios e os cartéis, muitas vezes, são necessários para manter o equilíbrio entre a produção e o consumo ou mesmo para defender a indústria nacional. Temos de distinguir entre trustes, cartéis e consórcios benéficos e aqueles outros que são maléficos....’ ... Aparentemente, esta crença no bom truste foi sustentada por um engano sobre a lei antitruste dos Estados Unidos que desta maneira talvez contribuiu à adoção do art. 74 pelo legislador brasileiro...” (Abusos do poder econômico: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A., 1966, p. 110).

Com efeito, o Presidente da República vetou o § 3º do art. 51, acima citado, em que se atribuía ao Ministério Público a efetivação do controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, tendo a sua decisão caráter geral.

Também foi vetado o § 5º do art. 54, através do qual estava determinado o seguinte: “Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão”.

*No âmbito judicial, poderia parecer, ao se analisar o artigo 93 do CPDC, que o legislador consagrou o controle prévio, relativamente a danos. Com efeito, ao tratar da competência para decidir as ações coletivas, diz aquele texto ser competente para a causa a Justiça do lugar onde ocorreu ou **deva** ocorrer o dano. Tal disposição confronta, contudo, com o disposto no artigo 91, quando se diz que “os legitimados de que trata o art. 81 poderão propor em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.*

*Vê-se que o legislador brasileiro, pobremente, adotou a técnica já ultrapassada de esperar que o dano se verifique, para depois repará-lo. Esta postura, ante os princípios mais racionais da **análise econômica do direito**, se encontra de há muito superada. Era de se esperar que o legislador tivesse tentado entrar pelo menos no século XX do direito; permaneceu no século XIX, contraditoriamente” (²⁴).*

Em primeiro lugar, o texto de 1962, bem como a alteração de redação introduzida em 1991, fazem uma enumeração de **atos, ajustes, acordos ou convenções**. Já a atual lei menciona somente **os atos, sob qualquer forma manifestados**. Podem, portanto, ser até mesmo atos unilaterais que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou mesmo resultar na dominação de mercados relevantes.

24. LEOPOLDINO DA FONSECA, J.B., Cláusulas abusivas nos contratos, 1993, p. 203.

Além disso, o legislador de 1962 não fez qualquer exigência quanto à presença de todos ou de somente um dos requisitos estabelecidos pelo **art. 74** para que o CADE aprovasse ou registrasse os atos, ajustes, acordos ou convenções em restrição da concorrência. Donde se conclui que o acordo ou ajuste poderia ser autorizado e registrado desde que estivesse presente pelo menos um dentre os requisitos estabelecidos pela lei.

Já a **Lei n.º 8.158**, de 1991, veio exigir que o CADE, para aprovar os ajustes, acordos ou convenções em qualquer medida limitadores ou redutores da concorrência, deveria “*considerar o preenchimento **cumulativo***” dos requisitos estabelecidos.

A **Lei n.º 8.884**, de 1994, impõe a presença simultânea das condições enumeradas nos **incisos I a IV**. O critério de cumulatividade ou alternatividade fica restrito aos **objetivos**, o que significa que, na realidade, nunca serão exigidos os três objetivos.

As **condições** estabelecidas pela lei visam, em primeiro lugar, o **objetivo** que as empresas tenham em vista. Se ficar evidenciado que os **atos**, sob qualquer forma manifestados, têm como objetivo **aumentar a produtividade**, ou que tenham como finalidade **melhorar a qualidade** de bens ou serviços, ou que ainda visem propiciar a **eficiência** e o **desenvolvimento tecnológico** ou **econômico**, poderão eles ser autorizados.

Outro requisito imposto pela lei é que daqueles atos praticados pelas empresas em detrimento da liberdade de concorrência, surjam **benefícios equitativamente distribuídos**, de tal forma a não romper irremediavelmente o equilíbrio entre empresas participantes e os consumidores.

Por outro lado, aqueles atos não devem eliminar da concorrência uma **parte substancial do mercado relevante**, referentemente àqueles bens e serviços.

A última condição imposta é a de proporcionalidade entre limites e objetivos visados. A lei impõe que “*sejam observados os limites estritamente necessários*” para que sejam alcançados os objetivos propostos. Ou seja, os atos em restrição de concorrência não estão liberados irrestritamente. As restrições acaso impostas à concorrência podem estar alcançando um objetivo cujo benefício traz muito maiores vantagens.

Da análise do conjunto dessas condições se deduz que o CADE, no exercício da competência que lhe é conferida no **inciso XII**, do **art. 7º**, da presente lei, deverá proceder a uma rigorosa **análise econômica** de todo o contexto, para chegar à conclusão de aprovar e registrar, ou não, os atos que lhe forem propostos.

Prevê a lei, no **§ 2º do art. 54**, a possibilidade de se exigir a presença de **somente três condições** dentre as enumeradas nos incisos, quando a-

queles **atos** forem julgados **necessários** segundo o critério do **motivo preponderante** da **economia nacional** e do **bem comum**. Esta disposição legal é uma flexibilização ainda maior deixada a critério do CADE, que terá o encargo de escolher quais dentre as condições devam prevalecer e, ainda, de apreciar a configuração do motivo preponderante relativamente à economia nacional e ao bem comum. Aqui terá relevo a consideração do princípio decorrente da análise econômica do Direito.

O § 3º do **art. 54** já está compreendido no “*caput*” do artigo. A lei ali se refere aos “*atos, sob qualquer forma manifestados...*” O § 3º vem apresentar uma **exemplificação**, certamente desnecessária para o julgador, que se pretende suficientemente esclarecido, pois que esta é a exigência contida no **art. 4º** da presente lei. Se o “*caput*” pretendeu referir-se a todos os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam **limitar** ou **prejudicar** a livre concorrência, ou ainda resultar na **dominação de mercados relevantes**, é óbvio que dentro dessa conceituação ampla se incluem aqueles que “*visem a qualquer forma de dominação econômica*”, quer se apresentem como **fusão** ou **incorporação** de empresas, quer como constituição de sociedade para exercer o **controle** (as **holdings**) de empresas, ou qualquer forma de agrupamento societário. Importante, posto que discutível, é o elemento **quantitativo** trazido pela redação original e modificado, para nível mais restritivo, na alteração introduzida pela Medida Provisória n.º 542, de 1994. O percentual de **20%** (vinte por cento) é rigoroso e o valor do faturamento tomado como parâmetro é aleatório. Tais parâmetros deveriam ser deixados a critério do CADE, na apreciação do caso concreto, à luz dos princípios legais e dos princípios gerais e específicos que regem a matéria.

Os §§ 4º e 5º tratam da obrigatoriedade de apresentação dos atos a que se refere o “*caput*”, do prazo para essa medida, que será de *quinze dias*, da forma dessa apresentação, que será *em três vias*, e do órgão a que deverá ser endereçada, a **SDE**. Dessas três vias, uma será encaminhada ao CADE e outra à SPE. A inobservância do prazo será apenada com **multa** ou abertura de **processo administrativo**, como previsto no **art. 32**.

O § 6º fixa os prazos dentro dos quais, sucessivamente, serão elaborados o parecer técnico da SPE, a manifestação da SDE e a decisão do CADE. Cada uma terá **trinta dias**, o que faz supor que, aritmeticamente, depois de **noventa dias** deverá surgir a decisão do CADE. A complexidade da matéria, o volume dos processos e a dificuldade das questões a serem abordadas, bem como ainda a restrita estrutura desses órgãos, levam a crer que o dispositivo legal permanecerá letra morta.

O § 7º estabelece uma **condição resolutiva** para a eficácia decorrente dos atos a que se refere o artigo. Praticados esses atos, têm eles eficácia

imediate, e a aprovação retroagirá à data de sua realização. Se o CADE não os aprovar no **prazo de trinta dias** estabelecido no parágrafo anterior, **serão considerados automaticamente aprovados**. Será a aprovação por decurso de prazo.

Na verdade, este parágrafo se refere somente ao prazo concedido ao CADE, sem qualquer referência aos prazos precedentes concedidos à SPE e à SDE. Ora, os atos praticados na atividade econômica não podem esperar indefinidamente por decisões administrativas para terem eficácia. Daí terem as empresas duas opções:

a) Numa primeira alternativa, o prazo será de **noventa dias** para a aprovação. Decorrido ele, os atos se consideram automaticamente aprovados, independentemente de qual seja o órgão responsável pela demora.

b) Numa segunda hipótese, deverá contar-se o prazo de **trinta dias** a partir do ingresso do processo no CADE.

Deverá ser tomada aquela situação que melhor favoreça à empresa. Se o processo ficar, por exemplo, sessenta dias na SPE e trinta na SDE, o ato se considerará aprovado, independentemente do pronunciamento do CADE. O câmputo deverá fazer-se em dias corridos, e não dias úteis.

É óbvio que, se a SPE, a SDE ou o CADE vierem a solicitar esclarecimentos ou a exigir documentos que sejam necessários para a adequada instrução do processo, tal fato causará a **suspensão dos prazos** previstos nos §§ 6º e 7º, que passarão a não fluir, segundo dispõe o **§ 8º**, até que sejam cumpridas aquelas exigências.

Se o CADE concluir pela não aprovação dos atos a que se refere o “*caput*”, por entender que não foram cumpridas as condições impostas por lei, determinará sejam eles **desconstituídos**. O parágrafo enumera quais poderão ser essas formas de desconstituição: o **distrato**, a **cisão** de sociedade, a **venda de ativos**, a **cessação parcial de atividades**, em síntese, de qualquer ato ou providência que **elimine os efeitos nocivos à ordem econômica**.

Tais providências de desconstituição não elidem a **responsabilidade civil** por danos eventualmente causados a terceiros.

Há, contudo, três hipóteses em que se ressalvam as situações já definitivamente cristalizadas anteriormente ao indeferimento:

a) em primeiro lugar, se os atos a que se refere o artigo **não** forem realizados sob condição suspensiva;

b) em segundo, se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros;

c) em terceiro, se já se consumaram efeitos fiscais.

As alterações ocorridas no controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão são efetivados perante a comissão de Valores Mobiliários - CVM - e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo - DNRC/MICT -.

Por terem conhecimento desses fatos relevantes para o esclarecimento de situações de confronto, ou não, com a ordem econômica, determina a lei que aqueles órgãos, no prazo de cinco dias úteis, comuniquem tais fatos à SDE.

A aprovação daqueles atos previstos no **art. 54** não vincula definitivamente o CADE. Pode ser revista e cassada, quer por iniciativa do próprio CADE quer por provocação da SDE, em três situações:

a) quando o interessado, por ter prestado informações falsas ou enganosas, conseguiu a aprovação dos atos questionados.

b) quando, para aprovação desses atos, o CADE tiver imposto obrigações vinculativas e vier a verificar que não foram cumpridas.

c) quando o CADE verificar que aqueles benefícios propostos como objetivos justificadores não foram alcançados, ou seja, não houve aumento de produtividade, não ocorreu melhoria da qualidade de bens ou serviços, e não se propiciou aumento de eficiência nem o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

O **art. 56** impõe às **Juntas Comerciais** obrigações tendentes a preservar e facilitar a fiscalização da existência de atos contrários à ordem econômica, proibindo-as de arquivar atos relativos à **constituição, transformação, fusão, incorporação** ou **agrupamento de empresas** sem que dos mesmos constem os elementos informativos enumerados nos incisos I a VII.

O conteúdo do **art. 56** já constava do **art. 72** da **Lei n.º 4.137**, de 1962, e, por influência dela, na **Lei n.º 4.726**, de 1965. A nova lei antitruste mantém inalterado o conteúdo e os termos daquelas leis.

A **Lei n.º 4.726**, de 13 de julho de 1965, que dispunha sobre os serviços do Registro do Comércio, estabelecia, no **art. 38**, que não podiam ser arquivados os contratos, documentos e declarações de que não constassem as exigências ali consignadas. O **Decreto n.º 57.651**, de 19 de janeiro de 1966, no **art. 71**, regulamentou aquele dispositivo de lei, acrescentando o **inciso XI**, que ampliava o que se continha na lei, assumindo força inovadora.

A norma contida no **inciso XI** do **art. 71** vem repetida pelo **art. 56** da **Lei n.º 8.884**, de 1994.

A **Lei n.º 4.726**, de 1965, foi revogada pela recente **Lei n.º 8.934**, de 18 de novembro de 1994, que registra, no **art. 35**, as proibições de arquivamento de atos constitutivos e outros não conformes com a legislação específica.

O **Decreto n.º 57.651** determinava também, no **art. 72**, que não poderiam ser arquivados, senão depois de aprovados e registrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

1. *equilibrar a produção com o consumo;*
2. *regular o mercado;*
3. *padronizar a produção;*
4. *estabilizar os preços;*
5. *especializar a produção ou distribuição;*
6. *estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.*

Deixando de lado a questão da revogação, ou não, destes dispositivos pela lei nova, que disciplinou de forma inovadora, mas conservando o conteúdo anterior, deve-se observar que o intuito do legislador é o de impedir que as Juntas Comerciais arquivem aqueles atos, sem que o CADE se pronuncie anteriormente sobre a questão.

A Lei n.º 4.137, de 1962, já contemplava, no **parágrafo único** do **art. 72**, a exigência de nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência a pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, serem também indicados os motivos da dissolução.

Por influência dessa lei, o **Decreto n.º 57.651**, de 1966, repetiu a exigência, no **§ 4º** do **art. 71**.

O **art. 57** da **Lei n.º 8.884**, de 1994, repete, *ipsis verbis*, o conteúdo do **parágrafo único** do **art. 72** da Lei n.º 4.137.

O objetivo da lei é o de impedir que o distrato seja uma forma de infringir a ordem econômica, fraudando os direitos daqueles que tenham concretizado relações jurídicas com a sociedade em vias de dissolver-se. Além de ser obrigatória a indicação dos motivos da dissolução, deverão também ser indicados os **valores reais** repartidos entre os sócios.

MÉTODO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

As questões envolvidas nas relações de mercado, e mais particularmente as questões relativas à concentração, ao poder econômico e ao abuso deste poder, não podem ser resolvidas somente com base na legislação, através de critérios meramente jurídicos. Ao decidir-se por uma opção, o homem deve fazer uma escolha e deve fazê-la racionalmente. Para a viabilização dessa escolha não bastam os instrumentos jurídicos; deve intervir também a economia como ciência da escolha racional. Como ensina RICHARD POSNER, “a economia é um poderoso instrumento para analisar uma vasta gama de questões jurídicas” ⁽²⁵⁾.

As questões jurídicas não podem ser analisadas somente por meio de critérios jurídicos, mais comumente abstratos. A realidade dos problemas que se põem exige que se adotem métodos que sejam mais próximos da própria vida concreta dos seres. O direito tem a ver com o comportamento humano, e este se rege sempre pela busca de uma **maximização racional**.

Em 1960, RONALD H. COASE trouxe à meditação o problema do **custo social** das decisões, ou a preocupação que as decisões devem ter com o **custo social**. Em seu artigo “The problem of social cost” ⁽²⁶⁾ afirma que “seria desejável, evidentemente, que as únicas ações que se realizassem fossem aquelas nas quais o que se ganha fosse mais valioso do que o que se perde. Mas, ao escolher entre as formas de organização social dentro do contexto em que se tomam as decisões individuais, devemos considerar que uma mudança no sistema existente pode levar a uma melhora em algumas decisões, ou a uma degradação em outras. Por outro lado, devemos ter em conta os custos envolvidos na forma de funcionamento das diferentes organizações sociais (quer o funcionamento de um mercado quer o de um departamento governamental) tanto como os custos exigidos para passar para um novo sistema. Ao estudar e escolher entre organizações sociais devemos considerar o efeito total. Esta, sobretudo, é a mudança de enfoque que eu advogo” ⁽²⁷⁾.

25 . Economic analysis of law, 4th ed., 1992, p. 3. Observava FARJAT que “tout un ensemble de pratiques, de normes et d’institutions ont un objet économique, mais elles ont aussi une base économique: le phénomène de la concentration crée de nouveaux pouvoirs de nature juridique, mais qui ne peuvent être discernés qu’à l’aide de l’analyse économique (Droit Économique, 1982, p. 724).

26 . Esse artigo foi publicado pela primeira vez em The Journal of Law & Economics, vol. 3, p. 1-44, October 1960.

27 . The problem of social cost, The Journal of Law & Economics, vol. 3, p. 44, October 1960.

Nas relações de mercado, e principalmente no momento de decidir se vale a pena permitir atos de concentração, deverá o órgão julgador adotar o método da **análise econômica do direito**, para verificar se os ganhos obtidos com a concentração superam os benefícios obtidos com a adoção de rígidos controles antitruste.

Será diferente a análise de um contrato realizado entre dois indivíduos e o contrato realizado entre dois vendedores concorrentes. O contexto é bem diferente, porque este último tem um alcance bem maior do que o primeiro. Os danos que advêm deste último atingem sempre a um número indefinido de pessoas. A este respeito ensina POSNER:

Um contrato entre vendedores concorrentes para fixar o preço do produto que eles vendem (ou, o que dá no mesmo, para limitar sua produção) é semelhante a qualquer outro contrato no sentido de que as partes não o assinariam se não esperassem que ele os tornaria mais ricos. Mas ele causa danos a outros, os consumidores, que não são partes no contrato; e, como aprendemos no último capítulo, quando se levam em conta os efeitos de substituição e a tendência de os lucros de monopólio se transformarem em custos, os custos para os consumidores excedem os ganhos dos cartelistas⁽²⁸⁾.

Ao analisar as relações de mercado e sua disposição para estabelecer os preços, a **análise econômica** deve levar em conta alguns elementos importantes:

1. o número de vendedores no mercado.
2. a homogeneidade do produto.
3. a elasticidade da demanda relativamente ao preço.
4. a possibilidade de entrar no mercado.
5. situação do mercado: em crescimento, em declínio ou em estabilidade.

Os tribunais deverão valer-se de conceitos econômicos para dar cabal explicação a conceitos como **“não razoável”**, **“indevido”**. O direito não traz elementos capazes de decidir os limites entre o razoável e o não razoável numa relação econômica de mercado⁽²⁹⁾. Vale repetir a observação de POS-

28 . Economic analysis of law, 4th ed. p. 285.

29 . Observa COASE: “The courts do not always refer very clearly to the economic problem posed by the cases brought before them, but it seems probable that in the interpretation of words and phrases like “reasonable” or “common or ordinary use” there is some recognition, perhaps largely unconscious and certainly not very explicit,

NER, segundo a qual as palavras utilizadas nas leis antitruste são essencialmente **opacas**. Expressões como “*limitação do mercado*”, “*reduzir substancialmente a concorrência*”, “*monopolizar*” não têm uma clara determinação de conteúdo ao serem transplantadas para o terreno jurídico. Pelo que, para ele, “*a área da legislação antitruste está a necessitar de um completo repensamento de seus aspectos quer substantivo, quer processual, e o instrumento intelectual essencial para este processo de repensamento, eu creio - para além da simples lógica e do senso comum, que são ferramentas pobres neste como na maioria dos campos - é a ciência da economia*”⁽³⁰⁾.

(Artigo registrado no Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional).

of the economic aspects of the question at issue”. (The problem of social cost, *ibid.*, p. 22.

30 . RICHARD POSNER, *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 3.