

## OS LIMITES DA LIBERDADE CONTRATUAL NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Ana Cristina Paulo Pereira<sup>1</sup>

Sumário : 1 - Introdução. 2 - O primado da livre concorrência sobre a liberdade de iniciativa. 3 - O controle do Poder Público sobre os atos empresariais. 5 - A adequação do processo de controle à realidade econômica. 6 - O poder discricionário do CADE.

### 1. Introdução

A liberdade de iniciativa, valor fortemente defendido pela filosofia do *laissez-faire* surgida no século XVIII, representa, no Brasil, um dos elementos constitutivos da ordem econômica brasileira, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Por sua vez, essa ordem econômica norteia-se em princípios constitucionais, dentre os quais figura o da livre concorrência (inciso IV, art. 170 da C.F.), que nada mais é do que um corolário da livre iniciativa, já que sua prática efetiva pressupõe a existência desta última liberdade.

De fato, dificilmente poderíamos vislumbrar o exercício da livre concorrência em um sistema econômico que tolhe a iniciativa privada, ou ainda, dificulta a entrada ou a participação de múltiplos agentes no mercado. A liberdade de concorrência, portanto, somente poderá ser efetivada no contexto de um mercado livre<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professora de Direito Internacional Privado e Pesquisadora do Núcleo de Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes, Ipanema.

<sup>2</sup> No entender de Eros Roberto GRAU a ordem econômica representa “um conjunto de princípios de organização da vida econômica, consagrados no Direito positivo” (in, “Elementos de Direito Econômico”, São Paulo, ed. Revistas dos Tribunais, 1981, p. 43).

<sup>3</sup> Waldírio BUGARELLI indica os diferentes entendimentos acerca da noção de mercado : “1) o lugar, o plano em que a oferta e a procura se encontram livremente; 2) o conjunto de produtores/vendedores e compradores e usuários aptos a ad-

## 2. O Primado da Livre Concorrência sobre a Liberdade de Iniciativa

Se por um lado podemos afirmar que a liberdade de concorrência somente pode existir em um mercado livre, por outro lado, constatamos que a Constituição brasileira em vigor submete a liberdade de iniciativa – que é a liberdade de contratar – ao respeito daquela primeira liberdade, que prima sobre a segunda.

Destarte, se a regra geral é a liberdade de iniciativa, de maneira específica esta liberdade se encontra limitada pela primazia do princípio da livre concorrência, entre outros arrolados no art. 170 da C.F., concluindo-se daí que a liberdade de iniciativa pode ser restringida por lei.

Acerca das limitações impostas à livre iniciativa, Ricardo Hassson Sayeg cita o entendimento de Faber Konder Comparato, *in verbis* : “A liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial ou de livre acesso, somente é protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e a justiça social. Trata-se portanto, de uma liberdade meio ou liberdade condicional”<sup>4</sup>.

Uma vez que a liberdade contratual pode ser limitada por lei, já que seu exercício exige a observância dos princípios previstos no art. 170 da C.F., a legislação de defesa da concorrência brasileira encontrou aí fundamento jurídico para sua implementação.

## 3. O Controle do Poder Público sobre os Atos Empresariais

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal responsável pela aplicação da legislação de defesa da concorrência brasileira (Lei n.º 8.884/1994), é competente não somente para julgar, na esfera administrativa, as infrações à ordem econômica nos termos da referida lei, mas igualmente para controlar certos atos societários a fim de lhes conceder, ou não, aprovação para que possam efetivar juridicamente sua realização, e a partir daí gerar os efeitos pretendidos.

---

quirir e/ou usar” (in, “Concentração de empresa e Direito Antitruste”, São Paulo, ed. Atlas, 2ª edição, 1996, p. 126).

<sup>4</sup> In, “Práticas Comerciais Abusivas”, Bauru, São Paulo, ed. EDIPRO, 1995, p. 45.

Nesse sentido, o *caput* do art. 54 da lei n.º 4.884/1994 estabelece que todos os atos, unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, societários ou contratuais, devem ser submetidos à apreciação do CADE sempre que houver a possibilidade de causar lesões à livre concorrência ou resultarem na dominação de mercados relevantes de bens e serviços<sup>5</sup>.

Antes de mais nada, note-se que o artigo em causa não indica de maneira explícita quais seriam os atos restritivos ou prejudiciais à concorrência, advindo daí a dificuldade de caracterização desses atos. Poder-se-ia deduzir que a intenção do legislador aqui fora a de abranger as mais diferentes modalidades de atos empresariais, tanto os atuais quanto os que possam a vir a ser concebidos no futuro, evitando, dessa forma, limitar o âmbito de aplicação do dispositivo legal às formas atualmente existentes. Mas se o caráter genérico do *caput* do art. 54 possui o mérito de ser “adaptável” às mutações constantes das atividades econômicas, por outro, constitui um dispositivo propício a interpretações subjetivas.

Contudo, tendo em vista, provavelmente, suprir a falta de objetividade do artigo em apreço, e não querendo deixar ao abrigo do controle do CADE certos atos societários, o parágrafo 3º do mesmo artigo identifica determinadas operações que, forçosamente, inserem-se no âmbito da exigência legal da aprovação da mencionada autarquia.

Com efeito, o art. 54, § 3º da Lei 4.884/1994, com a nova redação dada pela Medida Provisória n.º 1.177/1995, estabelece que devem passar pelo exame prévio do CADE qualquer forma de concentração econômica (fusão, incorporação, constituição de sociedade controladora ou qualquer forma de agrupamento societário)<sup>6</sup>, que implique participação de empresa ou grupo de empre-

---

<sup>5</sup> O mercado relevante seria o mercado afetado, devendo este ser definido em nível geográfico e material. No que concerne à delimitação geográfica, trata-se aqui do espaço físico no qual o agente atua, e esta delimitação deve ser feita em função de variantes diferenças regionais existentes em termos econômicos e mesmo culturais. Quanto à delimitação material, esta se faz em relação ao produto em causa, abrangendo-se todos os produtos ou serviços substituíveis entre si, dentro da perspectiva do consumidor.

<sup>6</sup> De modo geral, poderíamos diferenciar as concentrações econômicas de que trata o parágrafo 3º do art. 54 quanto ao vínculo jurídico. Assim, no que concerne as figuras jurídicas da fusão e da incorporação, ocorre aí a perda da personalidade jurídica das empresas fundidas ou incorporadas, que passam a constituir uma única sociedade. Quanto à formação de sociedade controladora e ao agrupamento de empresas, não há aí perda de personalidade jurídica de nenhuma unidade, já que todas as empresas continuam a subsistir com personalidades jurídicas autôno-

sas que detenha 20%, ou mais, do mercado relevante, ou em que um dos participantes tenha registrado faturamento anual bruto equivalente a 400 milhões de reais, ou mais, no último balanço.

Verifica-se, portanto, que as concentrações econômicas que configurarem uma das hipóteses previstas no referido parágrafo induzirão de *per se* sua apreciação pelo CADE, pressupondo-se que, por sua própria natureza, tais operações societárias podem implicar restrições ou limitações à livre concorrência, advindo daí que sua eficácia fica sistematicamente condicionada à aprovação da referida autarquia.

Ora, como justificar tal exigência se o art. 173, § 4º da C.F.- fundamento jurídico da Lei n.º 4.884/1994 – somente condena a dominação de mercado ou a eliminação da concorrência decorrentes do exercício abusivo do poder econômico !. Porquê submeter sistematicamente os atos de concentração societária de que trata o parágrafo 3º do art. 54 ao controle do CADE, dificultando sua efetivação, antes mesmo de saber se tais atos acarretarão um dos resultados previstos no *caput* do referido dispositivo legal ? Haveria aí, quem sabe, um prejulgamento desses atos como atos abusivos, ou tratar-se-ia apenas de um controle preventivo, o que, convém ressaltar não encontraria fundamento na constituição.

Certamente, não se pretende aqui criticar por completo o controle do CADE sobre os atos de concentração, até porque tal controle é uma prática largamente desenvolvido em diversos países – mesmo naqueles que se dizem “liberais” – , sendo, por conseguinte, requisito indispensável à preservação da concorrência em determinados mercados, evitando seu desvirtuamento<sup>7</sup>. O que se pretende é, sobretudo, chamar a atenção para certos excessos da lei que, ao nosso ver, teria ultrapassado os limites fixados na norma constitucional.

## **5.A Adequação do Processo de Controle à Realidade Econômica**

Um aspecto simples do controle de que trata o art. 54 da Lei de defesa da concorrência, mas que pode acarretar conseqüências importantes do ponto de

---

mas e distintas (sobre as diferentes formas de processo concentracionista, *vide*, Waldírio BULGARELLI, op. cit. Pp. 49-106).

<sup>7</sup> Vide, Edson RODRIGUES-CHAVES, “Controle dos Atos de Concentração Econômica em Alguns Países”, in Revista de Direito Econômico, Brasília, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pp. 119 – 132.

vista econômico, é a morosidade do processo de apreciação. De fato, o problema da lentidão dos órgãos de defesa da concorrência não só constitui uma perda de tempo para as partes desejosas de se lançarem em novos investimentos, como também onera, com o passar dos tempos, uma eventual desconstituição do ato que tenha sido submetido a dito controle<sup>8</sup>.

Nesse âmbito, é válido ressaltar que a não aprovação de um determinado ato pelo CADE pode implicar o desfazimento dos efeitos que o mesmo já tenha produzido, seja em relação às partes ou aos sujeitos de direito que dele participaram, seja em relação a terceiros, sabendo-se que esses efeitos incidem em diversos setores econômicos e sociais, tais como o setor tributário, trabalhista, previdenciário, e societário<sup>9</sup>.

Por outro lado, não se pode ignorar que, em um mundo capitalista e “globalizado”, a união entre empresas torna-se quase que uma necessidade, tendo em vista a concorrência das grandes empresas que além de possuírem um alto grau de desenvolvimento tecnológico, podem permitir-se a adoção de estratégias que impliquem pequenas perdas iniciais para alcançar grandes benefícios ao final. Observa-se, dessa forma, que, por vezes, a concentração a nível nacional é condição *sine qua non* para que a empresa venha a ser competitiva no mercado internacional, contribuindo para o equilíbrio da balança comercial. A questão é : deve-se proteger a concorrência interna, ainda que em detrimento da competitividade à nível internacional, ou esta deve primar sobre aquela tendo em vistas os benefícios para a economia como um todo ?

Em que pese algumas críticas que se possa fazer ao processo de controle do CADE, não poderíamos negar o fato de que, desde algum tempo, existe uma determinação incisiva do CADE no sentido de adaptar sua atuação aos imperativos de ordem econômica que se apresentem. Uma ilustração eloqüente dessa nova fase do CADE foi a adoção, em 28 de agosto de 1996, da Resolução n.º 5, que tem por principal intuito acelerar e simplificar o processo de análise dos atos cuja efetivação depende da aprovação do CADE<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Esse controle pode ser feito *a priori* ou *a posteriori*, ou seja, antes ou depois do ato ter sido realizado.

<sup>9</sup> Segundo Fábio ULHOA COELHO, o desfazimento só não é possível nos casos em que os efeitos gerados são materialmente ou juridicamente irreversíveis (in, “Direito Antitruste Brasileiro. Comentários à Lei n.º 8.884/1994”, São Paulo, ed. Saraiva, 1995, p. 128).

<sup>10</sup> A Resolução n.º 5 disciplina as formalidades e o procedimento a serem seguidos para pleitear a aprovação do CADE dos atos de que trata o art. 54 da Lei de defesa da concorrência, revogando a Resolução n.º 1, de 7 de junho de 1995.

Com efeito, a Resolução n.º 5/1996, e seu art. 2º, oferece aos requerentes, ou seja, aos agentes econômicos participantes de uma dada operação societária a ser apreciada pelo CADE, a possibilidade de optar por um procedimento simplificado, que os isenta da apresentação de todos os documentos e informações constantes dos artigos 13 e 14 da referida resolução. Ressalta-se, todavia, que o mérito de tal dispositivo poderá ser abalado caso decida-se pela aplicação do art. 3º do mesmo diploma normativo<sup>11</sup>.

Não há como ignorar que a comunicação de certas informações pelo requerente ao CADE pode ter um efeito prejudicial para as empresas que participam de uma operação submetida a controle, sobretudo no que se refere às informações concebidas como essenciais ou estratégicas para seu desenvolvimento, e que por isso são classificadas como “sigilosas”. A título ilustrativo, destacamos as informações acerca dos investimentos realizados ou programados em pesquisa, tecnologia e outros setores, bem como dos gastos destinados a tais investimentos; informações estas que podem ser de grande valia para terceiras empresas, que sempre estão à espreita do que fazem seus concorrentes para tentar superá-las (cf. incisos XVI e XVII do art. 14 da Resolução n.º 5).

Devido ao caráter sigiloso e estratégico que podem reverter certas informações e documentos necessários à instrução do processo de controle, o novo Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução n.º 12, de 31 de março de 1998, permite, em seu artigo 10, que a parte interessada, em pedido fundamentado, solicite que seja mantido o sigilo de tais informações e documentos. Dessa forma, somente as pessoas autorizadas pela parte interessada poderão ter acesso aos mesmos, ficando assegurada, em qualquer momento, a reserva das informações sigilosas.

Mesmo diante de todos os esforços empreendidos para atualizar o procedimento de controle do CADE à realidade econômica, resta ainda o fato de que a grande maioria dos economistas considera que a necessidade sistemática de obter do CADE aprovação para os atos configurados no parágrafo 3º do art. 54 da Lei de defesa da concorrência é irrealista, além de sobrecarregar, inutilmente, referida autarquia. Alegam esses economistas que em uma economia aberta não se pode examinar um processo de oligopólio ou de monopolização sem examinar, em profundidade, o comportamento de mercados

---

<sup>11</sup> O art. 3º da Resolução n.º 5/1996 prevê que o Conselheiro-relator poderá solicitar outras informações que não aquelas exigidas nos artigos 1º e 2º da referida resolução.

específicos, que às vezes só comportam produtores capazes de competir internacionalmente<sup>12</sup>.

Qualquer que seja o argumento utilizado para sustentar esse intervencionismo - se justo em nome da prevenção dos atos restritivos da livre concorrência, ou injusto ante à liberdade contratual dos agentes econômicos – os economistas alegam que, nos dias atuais, não se pode estabelecer um elo direto e sistemático entre a concentração de empresas com a intenção, exclusiva e direta, de domínio de mercado, ou seja, de monopólio.

Nesse sentido, Waldírio BUGARELLI cita em sua obra Michel Vasseur que expressou o seguinte : “o que se pretende hoje é, de um lado, a reorganização da empresa e, de outro, o crescimento da eficiência das empresas coligadas – tanto pela diminuição dos custos, como pela elevação dos rendimentos e a melhoria da qualidade, e por fim, a reforma das estruturas industriais e, assim, a busca da dimensão ótima”<sup>13</sup>.

Mas se a Lei 8.884/1994 não parece ter tido grandes preocupações com argumentos econômicos que revertam diretamente em prol dos agentes econômicos que desejam partir para grandes conquistas, não podemos dizer o mesmo de certos aspectos dessa natureza que favorecem o desenvolvimento econômico do país como um todo, e que por conseguinte, têm um lugar de destaque no processo de controle realizado pelo CADE, isso porque há autorização expressa para tal

## **6.O Poder Discricionário do CADE**

A submissão dos atos de que trata o art. 54 da Lei 8.884/1994 à apreciação do CADE não significa que os mesmos serão automaticamente invalidados, ainda que se trate dos casos expressamente previstos no seu parágrafo 3º, pois referida autarquia possui, nessa matéria, poder discricionário.

No exercício desse poder discricionário, o CADE poderá autorizar os atos que, embora caracterizem as infrações do *caput* do art. 54 da Lei de defesa da concorrência, quais sejam, prejuízo à livre concorrência e dominação de mercados, preencham, por outro lado, os requisitos enumerados no parágrafo 1º do art. 54, ou apenas três deles, nos casos em que os atos em causa sejam necessários para a economia nacional e para o bem comum, mas à

---

<sup>12</sup> In, Jornal Gazeta Mercantil, São Paulo, 12 de março de 1996, p. A-5.

<sup>13</sup> Op. Cit. p. 23.

condição de não acarretarem prejuízo ao consumidor final, conforme dispõe o parágrafo 2º do mesmo dispositivo.

A inclusão de tal possibilidade justifica-se pelo fato de que, acima de tudo, deverão sempre prevalecer os imperativos de ordem econômica relacionados ao desenvolvimento tecnológico e industrial, que acarretem ao consumidor final uma maior satisfação, ainda que haja prejuízos para a concorrência.

Assim sendo, a livre concorrência deixa de ser uma finalidade em si mesma, como o sugere o *caput* do art. 54 da Lei (teoria da “concorrência-fim”), e passa a ser um dos meios para se alcançar um objetivo mais amplo, qual seja, a preservação das estruturas de mercado, conferindo à concorrência um caráter nitidamente instrumental (teoria da “concorrência-meio”).

Nesse contexto, e embora existam divergências doutrinárias a esse respeito, poderíamos arriscar e dizer que o Direito da Concorrência representa um dos instrumentos utilizados pelo Estado para a implementação de seus planos econômicos, já que, ao garantir a liberdade da concorrência, o Estado impede a realização de práticas que a restrinjam, abrindo a todos as mesmas possibilidades de acesso ao mercado, não seria que no plano teórico.

Ao atuar dessa forma o Estado passa a ocupar um novo espaço na ordem econômica, tornando-se seu guardião. Esse novo papel do Estado vem, por conseguinte, questionar a atualidade do *laissez-faire, laissez-passer*, mostrando a inadaptação de seus pressupostos básicos quando se tratar de mercados que buscam o equilíbrio da concorrência.

Não havendo mais dúvidas quanto ao caráter intervencionista do Estado nos atos de natureza privada, resta-nos a constatação da existência de uma das principais contradições atuais do liberalismo, qual seja, o conflito entre duas liberdades fundamentais das sociedades capitalistas : a liberdade da concorrência e a liberdade contratual.

Essa realidade não é uma peculiaridade do sistema jurídico-econômico brasileiro, mas um dilema constante do mundo atual, inclusive das sociedades que mais defendem os “*biens-faits*” do liberalismo econômico.