

Arthur Villamil Martins

**AS POLÍTICAS ECONÔMICAS CONSTITUCIONAIS COMO FATOR
DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça

Linha de pesquisa: A expressão da liberdade em face da pessoa e da empresa.

Projeto de Pesquisa: O regime de economia de mercado estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil, como instrumento de garantia da liberdade, tanto nas relações pessoais quanto nas relações empresariais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Isabel Vaz

**Belo Horizonte
2013**

TESE DEFENDIDA E APROVADA EM ____ DE _____ DE 2013, PELA COMISSÃO EXAMINADORA
CONSTITUÍDA PELOS PROFESSORES DOUTORES:

Professora Doutora Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz
Orientadora
UFMG

Membro

Membro

Membro

Membro

Para minha amada esposa, Quésia, e para meus filhos, Esther (*in memoriam*) e Paulo, e para os próximos, que virão, com amor, carinho e gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o poderoso Criador, o Alfa e o Ômega, o Princípio e o Fim, pois tenho a certeza de que a oportunidade de escrever esta tese me foi dada por sua graça abundante e amor inefável.

Agradeço profundamente à Professora Isabel Vaz, por toda a paciência, pelo carinho e pela dedicação vertidos em meu favor durante os últimos quatro anos de minha vida. A orientação precisa, as palavras de incentivo e o rigor intelectual para sempre guardarei em minha mente e no meu coração. Tenho a certeza de que sempre estive muito aquém da orientação recebida, mas, apesar das circunstâncias, envidei meus melhores esforços para a conclusão deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, que, também sendo doutores, sempre me incentivaram a estudar, a lutar para ser um profissional cada vez melhor e a acreditar nos valores e princípios que, para além do simples Direito posto, norteiam a minha vida.

Agradeço a Quésia, minha amada esposa e companheira, porque tem estado ao meu lado nos bons e nos maus momentos, ao longo desses últimos 15 anos. Agradeço também à minha querida e inestimável filha, Esther, que viveu 40 minutos entre nós, mas que estará eternamente no céu, onde um dia a hei de reencontrar. Agradeço também ao pequeno Paulo, meu segundo filho, motivo de grande alegria para mim, para Quésia e para toda a família. Seus sorrisos sinceros e desinteressados me deram força para nunca desistir.

Agradeço também aos meus sócios e colegas do Neves & Villamil Advogados Associados, especialmente aos Doutores Jacinto Gomes das Neves, Ricardo Silva das Neves, Marco Aurélio Carvalho Gomes, Leonardo Gomes Dutra Nicácio, Eliana Priscila Azevedo, Kelly Gonçalves Primo, Darília Rodrigues da Silva Leite, Yuri Luna Dias, aos meus estagiários Júlio Cesar Campos Stauffer de Oliveira, Mariana Martins Cerizze e Lorena Simões Ferreira, e, por fim, mas não em último lugar, a Sônia Maria Gomes das Neves, do departamento financeiro, por terem compreendido minha ausência durante o desenvolvimento da pesquisa e da redação da tese e por não deixarem perecer o importante trabalho de excelência que vem sendo desenvolvido no escritório.

Agradeço, ainda, a todos os professores, servidores e colegas da Pós-Graduação, pois também foram, cada qual a seu modo, decisivos para a minha formação. Em especial, faço meus agradecimentos à professora Amanda Flávio de Oliveira e ao professor Leandro Novais e Silva, pelas relevantes críticas apresentadas por ocasião do exame de qualificação, que permitiram, creio, a melhoria substancial deste trabalho.

RESUMO

Esta tese tem como proposição central demonstrar que a conjugação de critérios técnicos, econômicos e políticos, por meio de um balanço técnico-juídico-político pode incrementar o grau de legitimidade das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Partindo da análise histórico-teórica do Direito Antitruste, passando por uma análise das teorias da eficiência e da economicidade e pela verificação do tratamento do tema em Direito Comparado, com análise de casos concretos julgados pela Comissão Europeia e pelo Cade, o trabalho visa a esclarecer como a consideração de políticas econômicas constitucionais pelo Cade pode funcionar como mecanismo para a implementação da ordem econômica constitucional, com maximização de riqueza social, na tentativa de assegurar a todos a dignidade da pessoa humana, que é o objetivo final de toda a ordem econômica constitucional.

ABSTRACT

This thesis has as its central proposition to demonstrate that the combination of technical economic and political criteria, through a technical-political-legal balance can increase the degree of legitimacy of decisions of Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Based on the historical and theoretical analysis of Antitrust Law, through an analysis of theories of efficiency and economy and for verifying the treatment of the theme in comparative Law, with concrete cases judged by the European Commission and by Cade, the work seeks clarify how the consideration of constitutional economic policies by Cade can function as a mechanism for implementing the constitutional economic order, with maximization of social wealth, trying to assure everyone the dignity of the human person, which is the ultimate goal of all economic constitutional order.

RIASSUNTO

La presente tesi ha come proposizione centrale dimostrare che la combinazione di criteri tecnici, economici e politici, attraverso un bilanciamento tecnico-politico-giuridico, può aumentare il grado di legittimità delle decisioni del Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Partendo dall'analisi storico-teorica del Diritto Antitrust, attraverso l'analisi delle teorie di efficienza ed economicità e la verifica del trattamento della materia in diritto comparato, con analisi di casi concreti giudicati dalla Commissione Europea e dal Cade, la presente ricerca propone chiarire come la considerazione delle politiche economiche costituzionale dalle Cade può funzionare come meccanismo per l'attuazione dell'ordinamento costituzionale economico, con la massimizzazione della ricchezza sociale, cercando di assicurare a tutti la dignità della persona umana, che è il fine ultimo di tutta l'ordine economica costituzionale.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Mapa de fundamentos das decisões da Comissão das Comunidades Europeias137

Gráfico 2 – Revisão das decisões do Cade: decisões judiciais ainda não transitadas em julgado142

Gráfico 3 – Revisão das decisões do Cade: decisões judiciais transitadas em julgado142

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Número de decisões da Comissão das Comunidades Europeias aplicado no art. 81 (3) do Tratado da Comunidade Europeia138

Tabela 2 – Número de decisões da Comissão das Comunidades Europeias, aplicando os arts. 81 (1) e 81 (3) do Tratado da Comunidade Europeia139

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AED	Análise Econômica do Direito
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CECED	<i>Conseil Européen de la Construction d'Appareils Ménagers</i>
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PNB	Produto Nacional Bruto
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PROCADE	Procuradoria Jurídica do CADE
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
SDE	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SG	Superintendência Geral do CADE
TCC	Termo de Cessação de Conduta
TCD	Termo de Compromisso de Desempenho
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
1.1 Tema-problema	18
1.2 Justificativa	19
1.3 Metodologia	20
2 CONTEXTO HISTÓRICO E TEÓRICO DO TEMA-PROBLEMA	24
3 IDENTIFICAÇÃO DOS CONCEITOS UTILIZADOS PARA A CONSTRUÇÃO DA TESE	45
3.1 Legitimidade	45
3.2 Política	47
3.3 Política econômica	49
3.3.1 Políticas de Estado e Políticas de Governo.....	50
3.3.2 Políticas econômicas constitucionais.....	52
3.4 Conceito de eficiência	55
3.4.1 O teorema da eficiência de Pareto: teoria dos ganhos sem perda.....	55
3.4.2 Críticas ao teorema da eficiência de Pareto.....	56
3.4.3 O teorema da eficiência de Nicholas Kaldor e John Richard Hicks.....	61
3.4.4 Conclusões acerca das teorias de Pareto e Kaldor-Hicks.....	64
3.4.5 A teoria da maximização da riqueza social de Richard Posner e suas principais críticas.....	66
3.5 O princípio da economicidade no Estado Democrático de Direito	71
3.5.1 O sentido etimológico da palavra economicidade.....	71
3.5.2 A economicidade nos diversos campos do conhecimento.....	72
3.5.3 A economicidade na Ciência do Direito.....	75
3.5.4 A economicidade no Direito Econômico.....	77

4 CONTRIBUIÇÕES E LIMITAÇÕES DO ENFOQUE METODOLÓGICO PROPOSTO PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE DIREITO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA.....86

4.1. As principais correntes norte-americanas da Análise Econômica do Direito.....90

4.2. Uma visão da Análise Econômica do Direito Europeu.....92

4.3 A riqueza coletiva no paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro.....95

5 ANÁLISE DO TEMA-PROBLEMA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO: TRATAMENTO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL DA QUESTÃO NO DIREITO EUROPEU E NO DIREITO BRASILEIRO.....102

5.1. Breve estudo do direito positivo comparado: análise do art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011.....104

5.2. Alguns exemplos de adoção de políticas econômicas em Direito Comparado: decisões europeias e brasileiras.....117

5.2.1. Direito europeu: o caso Comissão *versus* CECED: considerações de políticas econômicas ambientais e desenvolvimento tecnológico.....118

5.2.2. Direito europeu: o caso Comissão *versus* Stichting Baksteen: considerações sobre proteção dos recursos humanos e do progresso técnico e econômico122

5.2.3. Direito brasileiro: o caso AMBEV: considerações sobre eficiência e manutenção do nível de empregos e sobre o fortalecimento da indústria nacional.....125

5.2.4. Direito brasileiro: o caso BRF - BRASIL FOODS S/A: o Termo de Compromisso de Desempenho como fator de compensação das perdas de livre concorrência.....129

5.2.5. Direito brasileiro: o caso Visiona Tecnologia Espacial S/A: aplicação direta de políticas de desenvolvimento tecnológico, defesa nacional e soberania nacional.....134

5.3. Alguns estudos quantitativos: a consideração de elementos extraeconômicos (político-jurídicos) em decisões da Comissão Europeia e a revisão judicial de decisões do Cade.....136

6 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA ENTRE A TÉCNICA E A POLÍTICA: POR UMA PROPOSTA CONCILIADORA.....	144
6.1 Os argumentos contrários a consideração de elementos políticos na fundamentação das decisões do Cade.....	145
6.2 Os argumentos favoráveis à aplicação de elementos políticos na fundamentação nas decisões do Cade.....	150
6.3 Críticas aos argumentos analisados: as políticas econômicas constitucionais podem funcionar como fator de legitimidade das decisões do Cade.....	156
6.4 Lineamentos para um balanço técnico-político-jurídico: onde, quando e como deve o Cade aplicar o balanço.....	165
6.4.1 O critério da exclusão.....	166
6.4.2 O critério da necessidade.....	167
6.4.3 O critério da adequação.....	167
6.4.4 Testes para aprovação da realização do balanço.....	168
7 O ESTABELECIMENTO DA TENSÃO ENTRE EFICIÊNCIA E POLÍTICAS ECONÔMICAS CONSTITUCIONAIS: O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE COMO EIXO HERMENÊUTICO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	170
8 CONCLUSÃO.....	180
REFERÊNCIAS.....	187

1 INTRODUÇÃO

Esta tese é fruto do desenvolvimento de pesquisa que, em sua concepção original, no ano de 2009, tinha por finalidade a reflexão crítica e o estudo dogmático acerca do possível déficit de legitimidade das decisões proferidas pelos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), quando fundamentadas unicamente em critérios técnicos e econômicos, ignorando políticas econômicas constitucionais.¹ A hipótese original, concebida sob a égide da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, consistia na indagação da legitimidade de decisões do SBDC que se pautariam por critérios eminentemente técnicos, apoiados na racionalidade instrumental inerente à Ciência Econômica e ao princípio da eficiência, em desfavor da aplicação de políticas econômicas constitucionais, sob a ótica da razão comunicativa, que é inerente ao Direito.

Com o desenvolvimento da pesquisa, houve a requalificação da hipótese, que deixou de ter como foco simplesmente o possível déficit de legitimidade de decisões do SBDC e passou a indagar, em termos mais gerais, se os argumentos de ordem meramente econômica seriam suficientes e adequados para consecução dos objetivos previstos na ordem econômica constitucional, a serem levados em consideração pelo SBDC, ao efetuar o controle de condutas e o controle de estruturas de mercado. Além disso, a pesquisa também passou a se preocupar com a formulação, ainda que geral, de critérios para nortear *se* e *quando* deveriam os órgãos de proteção da concorrência adotar um balanceamento entre critérios técnicos e os valores constantes nas políticas econômicas constitucionais.

Durante a pesquisa, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, foi revogada² pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que, após o período de *vacatio legis*, entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012. A alteração legislativa não prejudicou de modo significativo a pesquisa, porém alguns ajustes tiveram de ser realizados para uma maior compatibilidade entre a tese e a norma em vigor.

¹ O conceito de políticas econômicas constitucionais, para efeitos desta tese, refere-se a um conjunto de normas, instituições e programas que tem por objetivo regulamentar, no plano concreto, os princípios da ordem econômica constitucional, e sobre ele atuar, realizando uma espécie de densificação de tais princípios. Esses conceitos estão detalhados no item 3.3.2 do Capítulo 3.

² A revogação não foi total, tendo permanecido em vigor unicamente os arts. 86 e 87 da Lei nº 8.884, de 1994, dispositivos que alteravam, respectivamente, o Código de Processo Penal e o Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro lugar, o projeto originalmente debruçava-se sobre as decisões do SBDC, já que tanto o Cade como a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça (SDE) proferiam decisões na sistemática da Lei nº 8.884, de 1994. Assim, a proposta original da tese era a de analisar as decisões proferidas pelos órgãos componentes do SBDC, decisões estas proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela SDE. Com as alterações no desenho institucional introduzidas pela Lei nº 12.529, de 2011, o SBDC passou a ser composto pelo Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).³ O Cade, por sua vez, passou a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos, nos termos do art. 5º da lei em vigor. Nessa nova sistemática, as decisões não são mais proferidas por “órgãos” componentes do SBDC, mas apenas pelo próprio Cade e, mais especificamente, pela Superintendência-Geral e pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica,⁴ já que o Departamento de Estudos Econômicos desempenha função meramente consultiva, não tendo poderes para decidir procedimentos e processos administrativos. Além disso, as funções da SEAE mudaram significativamente, passando tal Secretaria a desenvolver atividades típicas de divulgação da cultura da concorrência, nos termos do art. 19 da lei vigente. Assim, para efeitos desta tese, as decisões a serem analisadas são as decisões proferidas pelo Cade.

Em segundo lugar, além da mudança do desenho institucional do SBDC, a alteração legislativa também modificou a redação dos dispositivos concernentes à análise das condições para aprovação de atos de concentração econômica, ou seja, a análise de eficiência compensatória em atos que gerem perda de livre

³ Lei nº 12.529, de 2011, art. 3º.

⁴ A alteração no desenho institucional levou alguns operadores do Direito Antitruste a indagar se ainda seria possível se falar em um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já que o modelo anterior (Cade-SDE-SEAE) foi completamente alterado pela Lei nº 12.529, de 2011. A discussão é polêmica e não constitui o núcleo deste trabalho. Algumas observações, contudo, merecem atenção: i) o art. 3º da lei em vigor afirma expressamente a existência do SBDC, sendo ele composto pelo Cade e pela SEAE; ii) as decisões são proferidas unicamente pelo Cade, mas não necessariamente pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, já que a Superintendência-Geral também possui poderes decisórios, ainda que limitados (art. 13, IV e XII); iii) nessa nova sistemática legal, as decisões sempre serão proferidas pelo Cade (pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral), e não pelo SBDC, já que a SEAE não possui poderes decisórios; iv) há quem afirme que o SBDC continua existindo, porém com uma função diferente: ao Cade compete instruir e julgar processos, e, à SEAE, promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade em geral. De qualquer modo, continua existindo o SBDC, composto pelo Cade e pela SEAE, por força do disposto no art. 3º da Lei nº 12.529/2011, ainda que com um desenho institucional bastante diferente do existente no regime legal anterior.

concorrência. O § 2º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, dispunha que o Cade poderia autorizar certos atos de concentração econômica, desde que observadas pelo menos três das quatro condições previstas no inciso I do § 1º, quando o ato de concentração fosse comprovadamente necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não implicasse prejuízo ao consumidor ou ao usuário final. A Lei nº 12.529, de 2011, suprimiu a alusão direta aos motivos preponderantes da “economia nacional” e do “bem comum”. O § 6º do art. 88 da lei em vigor dispõe que certos atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, poderão ser aprovados pelo Cade, desde que observados os limites estritamente necessários para, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade ou a competitividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios dele decorrentes.

Uma análise perfunctória poderia levar a crer que a Lei nº 12.529, de 2011, teria abandonado a linha principiológica de busca pelo bem-estar social geral, presente na Lei nº 8.884, de 1994, (motivos da economia nacional e do bem comum), para se concentrar mais especificamente na tutela exclusiva da livre concorrência e do bem-estar do consumidor. Como se verá ao longo deste trabalho, essa mudança principiológica é apenas aparente, já que uma interpretação sistemática da nova lei levará à conclusão de que o fim almejado pela legislação antitruste continua sendo o bem-estar geral e, em última instância, assegurar uma vida digna a todos os brasileiros, o que comportaria uma análise do antitruste em uma perspectiva consequencialista e, possivelmente, welfarista.⁵

A proteção da livre concorrência não pode ser concebida como fim em si mesmo, mas sim como um instrumento a serviço da concretização dos objetivos

⁵ A tradição welfarista, a despeito do grande número de variações, pode ser entendida como a corrente de interpretação das normas antitruste com um sentido que transcende a simples proteção da livre concorrência, para vincular o antitruste à satisfação do bem-estar. Tradicionalmente, o bem-estar tem sido analisado sob duas perspectivas: a do bem-estar geral (economia do bem-estar, em sentido amplo) ou o bem-estar do consumidor, concepção esta mais restrita, que se identificou durante muito tempo com os ensinamentos da Escola de Chicago. Neste trabalho, a visão welfarista está mais vinculada à primeira corrente, a que defende a busca do bem-estar geral, como fator de satisfação de direitos fundamentais para se assegurar a dignidade da pessoa humana.

enumerados na ordem econômica constitucional.⁶ De acordo com o disposto no art. 170 da Constituição da República, a ordem econômica tem por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e, por finalidade, assegurar a todos existência digna, por meio da observância dos princípios referidos nos incisos desse dispositivo constitucional. Por isso, todos os princípios gerais da ordem econômica devem ser lidos em compatibilidade com o objetivo previsto no *caput* do art. 170, donde decorre que também o princípio da livre concorrência, objeto da tutela imediata do Direito da Concorrência, deve ser entendido como um mecanismo ou instrumento para assegurar a todos existência digna.

Diante de tal constatação, que decorre de expressa determinação normativa da Constituição da República, passou-se a se cogitar que, ao lado de uma fundamentação pautada em argumentos provenientes de uma racionalidade eminentemente técnica ou instrumental, outros elementos, provenientes de uma racionalidade político-comunicativa, presentes nas políticas econômicas constitucionais, também deveriam ser levados em consideração nas decisões dos processos que envolvem matéria concorrencial, já que tais decisões influenciam diretamente os rumos da economia nacional e os interesses coletivos e difusos da população brasileira, podendo, em tese, contribuir ou prejudicar a consecução do objetivo final da ordem econômica constitucional.

Com isso, a proposição central do trabalho consiste na tese de que a legitimidade das decisões do Cade e a sua compatibilidade com os ditames da ordem econômica constitucional podem ser obtidas a partir da conciliação dos argumentos oriundos de uma análise sob o enfoque técnico-econômico, agregada aos argumentos presentes nas políticas econômicas constitucionais. Assim é que a consideração de tais políticas, em conjunto com os critérios técnicos já largamente utilizados pelo Cade, passaria a ser um elemento a contribuir com a legitimidade e com a compatibilidade das suas decisões com os objetivos maiores determinados pela ordem econômica constitucional, evitando a primazia de argumentos técnicos

⁶ A concepção da livre concorrência como um instrumento ou meio para a consecução de objetivos determinados por normas constitucionais é acatada pela literatura jurídica especializada. Sobre o tema, Isabel Vaz faz alusão ao preâmbulo do Decreto-Lei n° 422, de 1983, do Governo Português, que afirma que a concorrência constitui um dos instrumentos essenciais da política econômica, tendo por objetivo assegurar aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços e estimular as empresas a serem eficientes e adaptarem-se ao progresso técnico e científico. O Decreto-Lei n° 422, de 1983, foi revogado, e a matéria nele contida atualmente está tratada na Lei n° 18, de 11 de junho de 2003. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 338.

pautados em uma racionalidade meramente instrumental sobre os elementos de política econômica, a serem sopesados em um processo de balanceamento pelo Cade, na decisão de casos concretos complexos.⁷

A tese também propõe a análise das condições sob as quais seria justificável fazer este tipo de balanceamento entre critérios políticos e critérios técnicos, já que nem sempre seria desejável, em todo e qualquer caso, que o Cade tenha de fazer esse balanceamento, especialmente em razão dos custos envolvidos e do tempo processual a ser despendido para tal intento. Nesse sentido, a tese procurou delimitar certas condições específicas que justificariam a adoção ou a rejeição do balanceamento entre argumentos de ordem técnica e jurídica e os argumentos de política econômica, ilustrando o problema por meio de referências a casos concretos julgados pelo Cade e pela Comissão Europeia.

Por fim, propõe-se também uma releitura do Direito da Concorrência sob o prisma dos princípios constitucionais da ordem econômica, na tentativa de oferecer uma contribuição adicional para o correto manejo do balanceamento dos critérios técnicos e econômicos e dos valores políticos e jurídicos que devem ser levados em consideração pelo Cade, na solução de casos concretos, a partir do necessário diálogo entre as fontes constitucionais e as infraconstitucionais do antitruste, numa perspectiva de aplicação do princípio da economicidade⁸ ao Direito da Concorrência.

1.1 Tema-problema

O tema-problema central da tese consiste em indagar se a aplicação dos elementos de políticas econômicas definidos na Constituição da República poderia servir como fator para ampliação da legitimidade das decisões do Cade. Desse modo, indagou-se da necessidade de o Cade passar a adotar, de modo explícito e fundamentado, o balanceamento dos critérios técnicos com os elementos valorativos

⁷ A crescente tecnização do Direito Antitruste não é um fenômeno unicamente brasileiro. Durante as décadas de 1970 até o início dos anos 2000, o fenômeno foi impulsionado nos Estados Unidos da América sob a influência da Escola de Chicago. Na Europa, a reforma dos regulamentos da Comissão Europeia, no ano de 2003, também apontou para uma tentativa de predomínio da técnica econômica em relação aos demais elementos de análise antitruste. Sobre o tema, ver TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC and public policy*. Oxford: Hart, 2009. p. 17.

⁸ O conceito e os diversos sentidos que o princípio da economicidade tem adotado no Direito brasileiro serão abordados com profundidade no item 3.5 do Capítulo 3.

presentes nas políticas econômicas constitucionais, bem como quando e como deverá o Cade adotar tal balanceamento.

Ao lado dos já consagrados critérios técnicos amplamente adotados pelo Direito da Concorrência, há que se indagar da validade, da eficácia e da legitimidade da aplicação de elementos de política econômica como mecanismo de implementação da ordem econômica constitucional, tendo-se sempre em mira que a preservação da livre concorrência é um dos meios para se assegurar a cada qual do povo existência digna, que é o objetivo maior determinado pela ordem econômica constitucional.

Como pressuposto conceitual do problema pesquisado, adotou-se a noção de livre concorrência como princípio instrumental da ordem econômica. Assim, partiu-se do pressuposto de que a livre concorrência não pode ser tomada como um fim em si mesmo, mas sim como meio de concretização da Constituição Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna.

1.2 Justificativa

Em 1978, Robert Bork indagava qual seria o verdadeiro objetivo do Direito Antitruste. Questionava ele se a autoridade antitruste deveria guiar-se por um único objetivo ou por vários objetivos e, neste último caso, como deveria decidir qual dos objetivos considerar, quando se encontrasse diante de conflito entre tais objetivos.⁹

A resposta a esses questionamentos não é fácil e vem sendo enfrentada de forma divergente pelos estudiosos do Direito da Concorrência. A definição clara e precisa de um objetivo único ou da adoção de vários objetivos é questão fundamental para o exercício da atividade de interpretação e de aplicação das normas de proteção da concorrência. Não há consenso, nem sequer, em saber se

⁹ BORK, Robert. *The antitrust paradox. A policy at war with Itself*. New York: Basic Books Inc., 1978. p. 50. *Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law – what are its goals? Everything else follows from the answer we give. Is the antitrust judge to be guided by one value or by several? If by several, how is he to decide cases where a conflict in values arises? Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules.* Tradução livre: “A política antitruste não pode tornar-se racional até que estejamos aptos a dar uma séria resposta para uma questão: Qual é o ponto fundamental da lei – quais são os seus objetivos? Tudo o mais dependerá da resposta que dermos a esta pergunta. O juiz antitruste deve ser guiado por um ou por vários valores? Apenas quando as metas tenham sido estabelecidas é possível delinear um corpo coerente de normas substantivas.”.

haveria um único objetivo (e qual seria ele), ou se haveria vários objetivos a serem atingidos pelo Direito da Concorrência.

O tema enfrentado pela tese é, portanto, relevante sob o aspecto do desenvolvimento teórico do Direito da Concorrência, como também sob o aspecto da aplicação prática, já que propõe parâmetros para a consideração de valores e objetivos contidos nas políticas econômicas constitucionais nas decisões do Cade.

A aplicação das políticas econômicas constitucionais como mecanismo de implementação da ordem econômica na perspectiva de sua integralidade, por meio de instrumentos que permitam um balanceamento com os já consagrados critérios técnicos econômicos largamente adotados pelo Cade, representa a possibilidade concreta de uma melhoria qualitativa das decisões de tal autarquia, especialmente no que diz respeito ao aumento da legitimidade de suas decisões diante da ordem econômica constitucional.

1.3 Metodologia

Este estudo foi concebido sob a perspectiva da vertente jurídico-teórica, sendo empreendida uma pesquisa do tipo qualitativa.¹⁰ O marco teórico adotado é o da teoria objetiva da dignidade da pessoa humana: a dignidade como atributo de liberdade existencial, assegurada por meio da efetivação dos direitos e das garantias fundamentais previstos constitucionalmente.¹¹ Sob essa perspectiva, a dignidade da

¹⁰ A vertente jurídico-teórica acentua os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários de determinado campo que se deseja investigar. Ver GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 22.

¹¹ Sobre as ideias remotas de dignidade, ver PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Edição bilíngue. Lisboa: Edições 70, 1989. Esse autor enaltece um dos fundamentos centrais da dignidade humana considerados até os dias atuais: a liberdade do indivíduo de ser como quiser ser, uma espécie de direito subjetivo de autodeterminação. A mesma percepção de liberdade de autodeterminação remonta aos estudos de Epicuro, na ideia de *clinâmen* (movimento inesperado oblíquo, gerado pelo choque entre um átomo em queda e outros átomos em suspensão no cosmos). Karl Marx, em sua tese de doutorado (*Diferença entre as filosofias da natureza de Demócrito e Epicuro*. Tradução de Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira. Santos: Presença, 1972) aplica a ideia de *clinâmen* na filosofia histórico-materialista para justificar a possibilidade de “desvio” ou “ruptura” da ordem burguesa. Nesta tese, adotam-se especialmente as concepções contemporâneas de dignidade, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225-226; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, nº 4, 1999, p. 23-49; SALGADO, Karine. A

pessoa humana, desprendendo-se de um conteúdo unicamente subjetivo e pessoal (e, portanto, não universalizável), passa a ser concebida de modo objetivo e universalizável, como atributo fundamental de todo ser humano, cujas condições de exercício estão vinculadas à execução dos direitos e das garantias fundamentais, a partir dos quais cada homem estaria dotado das condições básicas para ser o autor de seu destino e o construtor de sua história, no gozo de sua razão e liberdade. Nessa ordem de idéias, os direitos e as garantias fundamentais previstos constitucionalmente é que possibilitariam a cada pessoa desenvolver seus projetos de vida como expressão de sua liberdade pessoal, tornando-se o homem autor da escrita de sua história de vida.

Note-se, desde já, que, ao se afirmar que para se assegurar dignidade é necessário haver concretização de direitos e garantias fundamentais, não se está aderindo à teoria prestacional da dignidade, que vê na dignidade o simples produto de uma prestação positiva do Estado, de modo paternalista. Na realidade, superando as concepções de dignidade como dádiva (inerente ao ser humano por doação Divina ou de uma “reta razão universal” jusracionalista) e da dignidade como simples produto da subjetividade humana (teoria subjetiva da dignidade), entende-se que, no atual paradigma constitucional vigente e, mais do que nele, na própria expressão do estágio de desenvolvimento da humanidade (episteme pós-moderna),¹² a dignidade não decorre unicamente da prestação positiva do Estado (ou simplesmente de uma mínima condição econômica),¹³ mas a sua concretização está, em verdade, ligada à possibilidade concreta de fruição dos direitos e das garantias fundamentais. Além disso, a dignidade também pode ser concebida sob o prisma do reconhecimento do (e pelo) outro, em uma concepção objetiva de alteridade. Nesse caso, a dignidade, independentemente das prestações estatais,

filosofia da dignidade humana: por que a essência não chegou ao conceito? 2. tiragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

¹² Sobre a condição ou episteme pós-moderna, ver LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, e HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 7ª ed. São Paulo: Loyola, 1998.

¹³ Um mínimo econômico é imprescindível até mesmo para o exercício de certos direitos fundamentais. Alimentação, moradia, vestuário, acesso à saúde e à educação, ao transporte e a outros direitos de propriedade mínima são essenciais para o gozo de uma vida digna. Não são suficientes por si sós, contudo, para assegurar a dignidade no sentido pleno, já que é possível que alguém que detenha tais direito seja violado em outros, como os direitos de liberdade de pensamento e de expressão, o direito à vida (ainda que rudimentarmente, como o direito de não ser morto), o direito à sanidade mental e ao bem-estar, o direito à cultura e ao lazer, o direito à informação, dentre outros.

está ligada ao reconhecimento recíproco do outro em relação às suas peculiaridades como indivíduo e como ser humano e, logo, aos direitos e deveres de cada qual e de todos perante a sociedade.¹⁴

A dignidade da pessoa humana, então, pode ser entendida sob uma conformação tridimensional: a dimensão do respeito ao ser humano por sua especial condição humana, a dimensão prestacional, que assegure direitos, renda e condições mínimas para o exercício da liberdade e da autonomia, permitindo a cada pessoa ser portadora das capacidades e das oportunidades para ser o que ela quiser ser, e, por fim, a dimensão da alteridade da dignidade, isto é, o reconhecimento recíproco do outro como ser humano igualmente portador de dignidade.

Uma vez que a ordem econômica constitucional consagrou como finalidade última ou objetivo maior assegurar a todos existência digna, o Direito da Concorrência não poderia ficar imune a uma análise sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Por isso, adotou-se nesta tese o pano de fundo da dignidade da pessoa humana consagrada como finalidade da ordem econômica constitucional, sendo o antitruste analisado sob esse enfoque, e não apenas sob o prisma da eficiência, como tradicionalmente se tem feito em estudos sobre o tema.

Em termos procedimentais, a pesquisa que resultou na tese ora proposta teve origem na leitura e sistematização de bancos de dados primários (normas jurídicas e decisões administrativas e judiciais) e secundários (literatura jurídica especializada), e sua análise, a partir do problema proposto. Em sequência, teorizou-se a hipótese de que haveria uma melhora qualitativa das decisões do Cade, se tal órgão passasse a analisar argumentos constantes nas políticas econômicas constitucionais em seus julgados, como mecanismo de legitimação de suas decisões diante da aproximação dos valores político-constitucionais enunciados na Constituição da República, especialmente o valor-fim da ordem econômica constitucional, que é o da dignidade da pessoa humana. Por fim, em termos teóricos, foi a hipótese testada por meio da análise dos argumentos favoráveis e dos

¹⁴ Maior desenvolvimento dessa questão pode ser visto em SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, e em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

contrários à aplicação de políticas econômicas nas decisões de questões concorrenciais, ilustrando-se o teste com decisões proferidas em casos concretos julgados pelo Cade e pela Comissão Europeia.

A técnica perfilhada nesta tese é a das pesquisas teóricas, com adoção da análise de conteúdo da legislação concorrenciais, da jurisprudência do Cade e da Comissão Europeia e das normas jurídicas em vigor no Brasil e na Europa.

2 CONTEXTO E EXPLICAÇÃO DO TEMA-PROBLEMA

No contexto de seu surgimento, o Direito da Concorrência foi incumbido das tarefas de restauração da liberdade de comércio e de concorrência, exercendo a função de corrigir falhas de mercado, sob uma perspectiva de manutenção das bases empíricas do modelo teórico-liberal de mercado de livre concorrência perfeita.¹⁵ O Direito da Concorrência, considerado um campo de especialização jurídica vinculado à matriz geral do Direito Econômico, teria surgido como manifestação do poder econômico público, a rivalizar com o poder econômico privado oriundo dos processos de concentração econômica capitalista. Daí afirmar Farjat¹⁶ que a intervenção do Estado na economia é consequência e resultado dos processos de concentração econômica que possibilitaram a formação de agentes e grupos de agentes econômicos dotados de poder econômico privado, capaz de prejudicar o funcionamento do mercado e da economia de modo geral.

No primeiro estágio de formação do antitruste, preponderou a hermenêutica da legislação fundada no sistema da condenação *per se*, a que se filiavam o *Sherman Act*, de 1890, nos Estados Unidos da América, e o revogado Decreto-Lei nº 869, de 1938, no Brasil, que tipificava crimes contra a economia popular, dentre outros diplomas de cunho eminentemente punitivo.

¹⁵ O modelo de mercado de livre concorrência perfeita parte dos pressupostos teóricos de que a estrutura de mercado seria marcada pelas seguintes características: atomicidade dos agentes econômicos, transparência do mercado (livre acesso às informações), inexistência de barreiras à entrada de novos concorrentes, homogeneidade dos produtos ou serviços concorrentes entre si e a perfeita mobilidade dos fatores de produção. Esse tipo de estrutura de mercado não se concretiza na prática, mas representa hipótese teórica importante para o desenvolvimento dos estudos econômicos. Atualmente, superado o esplendor do liberalismo e frustradas as sobrecarregadas expectativas lançadas sobre o Estado de Bem-Estar Social, o que se busca, em relação à estrutura de mercado, é a instalação de uma concorrência praticável (*workable competition*), ou seja, concorrência possível de ser alcançada mesmo diante das imperfeições do mercado. Essa ideia de concorrência praticável é compatível com o tema central da tese, no sentido de que, diante das imperfeições de mercado e também diante da necessidade de ordenar a economia em proveito do bem-estar geral, o Estado é conclamado a promover políticas econômicas, por meio do antitruste inclusive, para a implementação de uma concorrência praticável. Sobre as noções de concorrência perfeita, concorrência imperfeita (ou monopolística) e concorrência praticável, ver VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 23-45, onde se apresenta um apanhado respeitável das teorias de Edward H. Chamberlin, John Maurice Clark, Raymond Barre e outros.

¹⁶ FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971. p. 266.

De acordo com Benjamin Shieber,¹⁷ com o passar dos anos, os rigores da legislação antitruste foram abrandados pelo sistema interpretativo, fundado no princípio da regra da razão da lei (*rule of reason*), acolhido explicitamente pela primeira vez pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no julgamento do caso *Standard Oil Company of New Jersey et alii x United States*, de 1911, e posteriormente reiterado em outros julgamentos, tendo sido, por fim, incorporado ao ordenamento jurídico positivo norte-americano por meio do *Clayton Act*, de 1914.

Segundo Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan,¹⁸ nos Estados Unidos da América, ter-se-iam alternado períodos da mais drástica aplicação das normas de proteção da concorrência (períodos de *high enforcement*) com períodos de abrandamento da aplicação das leis antitruste (períodos de *low enforcement*), fato que denota a construção, ainda que não explicitamente declarada, de uma política econômica que serviria como elemento norteador da aplicação da legislação concorrencial. No entendimento de Fox e Sullivan, o avanço mais significativo do direito concorrencial ocorreu a partir da utilização sistemática do princípio da regra da razão, reforçado pela Escola de Chicago, ao longo das décadas de 1970 e de 1980, em um novo período de abrandamento dos rigores do sistema da condenação *per se*. Esse movimento pendular do antitruste pode ser verificado em muitos países, uma vez que a aplicação das normas de defesa da concorrência sofre significativa influência das condições conjunturais e estruturais da economia, de modo geral, alternando-se períodos de maior rigor com períodos de abrandamento, de acordo com a orientação da política econômica adotada em cada momento.

Com a rápida evolução do Direito da Concorrência, sob a égide do sistema interpretativo da regra da razão, e em grande parte graças aos estudos desenvolvidos pelo movimento denominado *Law and Economics*,¹⁹ nos Estados

¹⁷ SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1966. p. 75. Apud VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: 1993. p. 96. No mesmo sentido, veja-se FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 80 e seguintes.

¹⁸ FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust – prospective and retrospective: Where are we coming from? Where are we going?* In: *New York University Law Review*, nº 62. 1987. p. 936-988; p. 941.

¹⁹ O movimento do *Law and Economics* é uma das expressões mais rebuscadas do realismo jurídico norte-americano das décadas de 1960 e de 1970. A maior parte da literatura especializada informa que o *Law and Economics* teve, em suas origens, duas vertentes distintas: o artigo de Ronald Coase (*The problem of social cost*, de 1961) e o artigo de Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts*, de 1961). A partir desses trabalhos seminais, ter-se-iam

Unidos da América, uma série de institutos técnicos, dotados de racionalidade instrumental econômica foram introduzidos na análise dos casos submetidos a julgamento pelas autoridades antitruste. Assim é que a regra da razão, que estabelece uma espécie de cláusula geral de qualificação do ilícito concorrencial,²⁰ permitiu o desenvolvimento de um aparato técnico bem definido para a análise de condutas e de estruturas de mercado. Os órgãos de proteção da concorrência passaram a adotar uma análise técnico-econômica dos casos submetidos a exame, desenvolvendo os conceitos de mercado relevante, posição dominante, exame de barreiras à entrada de novos concorrentes, eficiências compensatórias e abuso de posição dominante como critérios capazes de fornecer segurança plena para a aplicação das normas do Direito da Concorrência, sob o fundamento de cientificidade oferecida pelos aportes da Ciência Econômica e, em especial pelas aplicações da teoria microeconômica na análise de casos concretos.

Essa corrente do Direito da Concorrência, tecida com a fibra do resgate estatal de uma ordem econômica liberalizante, em certa medida abrandada pelas várias escolas do pensamento econômico do pós-guerra (dos keynesianos aos estruturalistas de Harvard, e destes aos behavioristas e welfaristas de vários gêneros), ganhou novo fôlego com a introdução da ideologia neoliberal no final dos anos 1970 e ao longo das décadas de 1980 e de 1990, estendendo seus efeitos, em grande parte, até o momento atual.

desenvolvido três grandes “escolas”, a de Chicago, a de Yale e a de Harvard. Por outro lado, Guiomar Faria informa que o movimento da Análise Econômica do Direito poderia ter surgido, em uma vertente socialista, a com base nos estudos de Karl Marx, que seria um dos pioneiros ao realizar uma análise do Direito, a partir do ferramental teórico da Ciência Econômica (FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994). As versões mais rudimentares de uma análise econômica relativamente sistematizada das consequências e da eficiência das normas e das decisões jurídicas podem, no entanto, ser vistas desde 1764, nos escritos do Marquês de Beccaria, ao tratar da proporcionalidade entre os delitos e as penas, e explicar como um sistema adequado de desincentivos (penalidades) poderia ser mais eficiente no combate à criminalidade do que o sistema punitivo inquisitorial que prevaleceu durante toda a Idade Média e o início da Modernidade (ver BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996). Nos desenvolvimentos mais recentes, desde a década de 1970 até os dias de hoje, a análise econômica do Direito se ramificou em muitas correntes e tendências, assumindo múltiplas abordagens do fenômeno jurídico sob a perspectiva econômica. Podem-se citar, a título de exemplo, dentre as mais recentes correntes da análise econômica, os behavioristas, a Escola da economia comportamental, a teoria dos jogos, a corrente da *public choice* e a da *neuroeconomics*.

²⁰ Paula Forgioni refere-se às ideias de regra da razão, ao mercado relevante e ao “jogo do interesse protegido” como as três “válvulas de escape” do antitruste, ou seja, como mecanismos que permitiriam a implementação de políticas públicas pelo Estado por meio do Direito da Concorrência (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 202).

No Brasil, a legislação antitruste foi influenciada pelo Direito norte-americano e pelo Direito europeu, sendo que a atual lei de proteção da concorrência (Lei nº 12.529, de 2011) possui contornos que ora pendem para a sistemática europeia (especialmente no regime de análise dos atos de concentração), ora para a sistemática norte-americana, especialmente no que tange às preocupações com o controle de condutas à luz do bem-estar do consumidor. Assim, a lei brasileira, ao sofrer múltiplas influências, demanda uma análise mais geral, sem que se possa reduzir, de antemão, a preocupação da lei, única e exclusivamente, ao aumento da eficiência econômica ou do bem-estar do consumidor.

O Direito brasileiro possui evidente inspiração do sistema jurídico germano-romano-canônico, também denominado *Civil Law*, sistema que privilegia em grande medida o valor constitucional da segurança jurídica. Esse cenário parece ter feito com que o Cade desenvolva certa resistência à utilização aberta e declarada de elementos de política econômica como fundamentos válidos para lastrear suas decisões. Os argumentos centrais das decisões proferidas pelo Cade têm-se fundamentado em grande medida nos critérios técnico-instrumentais fornecidos pela microeconomia, em nome de uma pretensa pureza científica da fundamentação racional decisória.

A conciliação dos princípios da segurança jurídica e da eficácia das decisões em Direito da Concorrência passa pela mediação oferecida pelas políticas econômicas constitucionais que, uma vez juridicizadas, servirão como norteadoras das decisões em casos complexos envolvendo valores e interesses conflitantes. Como ensina Isabel Vaz,²¹ com apoio em Marie-Angèle Sanson-Hermitte, o fenômeno econômico pode ser acompanhado com maior precisão por meio de ações políticas juridicamente regulamentadas. No dizer dessa autora, as características das normas de Direito Econômico seriam representativas das escolhas políticas. A interpretação harmônica e sistemática das normas antitruste com as políticas econômicas constitucionais é fundamental no Direito da Concorrência. A adoção de um pensamento aberto, vinculado à apreciação tópica de cada caso concreto, não se revela incompatível com a segurança jurídica. Antes, permite maior aderência da análise ao fato econômico concreto, que está submetido, ainda que de modo indicativo, às políticas econômicas juridicamente

²¹ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 278.

regulamentadas. Uma vez que tais políticas passem a ser levadas em consideração no processo argumentativo racional de fundamentação das decisões do Cade, não haverá surpresa para o administrado com esse tipo de fundamentação, a ponto de ferir a segurança jurídica. Haverá, na realidade, a inauguração de um necessário e profícuo debate sobre o papel e os limites da utilização de políticas econômicas nas decisões antitruste.

Casos que versam sobre atos de concentração econômica submetidos ao Cade, no entanto, vêm sendo apreciados unicamente diante do princípio da eficiência econômica, com destaque para a teoria da eficiência de Nicholas Kaldor e John Richard Hicks (eficiência de Kaldor-Hicks ou eficiência dinâmica), de caráter meramente instrumental e pretensamente desprovido de qualquer elemento axiológico. Essa análise das eficiências econômicas de caráter compensatório, levadas em consideração para fins de aprovação de atos de concentração econômica, muitas vezes relega a segundo plano a necessária aferição de uma linha de maior vantagem social já previamente determinada por valores consubstanciados nas políticas econômicas constitucionais.

Nos casos de controle de condutas, o Cade também tem aplicado, de modo preponderante, o instrumental técnico proveniente dos estudos de microeconomia, focando-se na análise de eficiência de mercado e nos ganhos propiciados ao consumidor. Esse tipo de análise não está incorreto, mas apenas, em certos casos, incompleto. Isso porque a ordem econômica constitucional brasileira, por força de expressa previsão normativa (art. 170 da Constituição da República), não adotou a maximização do bem-estar do consumidor²² como valor último a ser perseguido, mas sim a dignidade da pessoa humana, por meio da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Daí decorre que a leitura do antitruste no Brasil suplica a conciliação dos objetivos de eficiência e do bem-estar do consumidor com os demais princípios gerais da ordem econômica, informados pela Constituição da República e densificados por meio de políticas econômicas constitucionais.

²² Não se ignora que o bem-estar do consumidor é um dos objetivos centrais das normas de proteção da concorrência, e que, muitas vezes a maximização da riqueza do consumidor pode servir até mesmo para a concretização de direitos fundamentais, como, por exemplo, quando se permite a um maior número de consumidores acesso à moradia, cultura, educação, a medicamentos, etc. O bem-estar do consumidor, porém, não se confunde nem substitui o princípio da dignidade da pessoa humana, que transcende em muito o mero acesso aos bens da vida.

Em busca de segurança jurídica, sistematização de processos, previsibilidade de decisões e tentativas de manutenção de certa racionalidade científica pretensamente “pura” de influências políticas, nota-se grande resistência a uma aberta admissão, pelo Cade, de fundamentação de suas decisões com base em elementos de política econômica, dado o caráter não necessariamente técnico ou científico de tal política, fato que poderia representar, em tese, afronta à segurança jurídica e eventualmente até mesmo desvio ou abuso de poder.

Diante de tal cenário, percebeu-se um grande aperfeiçoamento da aplicação de conceitos técnico-econômicos, em especial de elementos da microeconomia, como fatores de fundamentação das decisões administrativas do Cade, aperfeiçoamento este que é sempre bem-vindo. A evolução das técnicas, porém, não foi acompanhada do aprimoramento dos mecanismos de aplicação das políticas econômicas constitucionais. O julgador, em alguns casos, tem-se afastado dos ditames maiores da Constituição Econômica, sob o pretexto da aplicação de uma pressuposta pureza conceitual de decisões fundadas apenas em elementos técnicos, muitas vezes insuficientes para o correto encaminhamento dos casos que lhe são submetidos.

Não se quer dizer com isso que devam ser desprezados ou diminuídos os critérios fornecidos pela Ciência Econômica, pela Análise Econômica do Direito e pela análise técnica dos mercados. Muito pelo contrário, as técnicas devem ser estudadas e aplicadas de modo contínuo e inovador. Ao lado dos critérios técnicos, porém, supostamente desprovidos de valor, devem ser introduzidas as políticas econômicas constitucionais, que consagram, no plano concreto da economia do País, a efetivação de valores e interesses sociais de alto relevo, expressamente declarados na Constituição da República.

Paula Forgioni, ao se referir ao problema do distanciamento dos julgadores dos elementos político-econômicos que deveriam perpassar a análise antitruste, informa que essa visão acaba privilegiando a livre concorrência como um fim em si mesmo, ou, quando muito, como simples mecanismo de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, negando-se o caráter instrumental do Direito Antitruste. Conclui a autora que, ao agir dessa maneira, estão as autoridades antitruste

desprezando um dos mais poderosos instrumentos que o Estado possui para a implementação de políticas econômicas.²³

Por isso, sustenta-se que a avaliação dos casos submetidos ao Cade não deve ser realizada apenas sob o ponto de vista técnico, sendo relevante que a análise antitruste também seja realizada sob o prisma dos elementos constantes nas políticas econômicas constitucionais, uma vez que elas se apresentam como mecanismo de efetivação, no plano concreto, dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, arts. 1º e 3º). As políticas econômicas que se defende sejam utilizadas são aquelas constitucionalmente estabelecidas, definidas segundo os princípios insculpidos na Constituição da República. Não se tem por objetivo a aplicação de políticas partidárias, que acabariam transformando o Cade em um órgão subserviente aos interesses de certos grupos políticos. Ao contrário, o que se pretende é demonstrar que as políticas econômicas, como mecanismos de densificação²⁴ dos princípios da ordem econômica constitucional, podem ser utilizadas para a realização de uma espécie de balanço (ou balanceamento) dentre vários argumentos que devem ser enfrentados pelo Cade no julgamento de casos concretos que repercutam de modo significativo na economia nacional e possam, ainda que indiretamente, comprometer a realização dos fundamentos e dos objetivos da ordem constitucional.

As decisões em Direito da Concorrência não podem ser reduzidas à utilização de um tecnicismo econômico supostamente puro e indene de influências políticas.²⁵ Ciência e técnica não são fontes de um saber neutro e eterno. Pelo contrário, são produzidas e utilizadas por homens dotados de razão e de emoção, em dados espaço e tempo, sendo contingenciadas pela política, pela economia, pela cultura e, especialmente, pela dinâmica do exercício de poder na sociedade.

²³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 198.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1201.

²⁵ A concepção da ciência como produtora de um saber neutro e despido de valores políticos, sociais e culturais foi duramente criticada ao longo de todo o século XX. O avanço dos estudos de epistemologia revelou a precariedade, a mutabilidade e o condicionamento (político, social e cultural) da ciência. Sobre o tema, ver CHALMERS, Alan F. *O que é Ciência, afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1995; FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989. Para uma crítica sociológica contemporânea da neutralidade da técnica e da ciência, ver HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. 2. ed. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006.

A aplicação das normas de direito da concorrência não prescinde de uma adequada avaliação de critérios axiológicos definidos na Ordem Econômica Constitucional. Sendo a livre concorrência um meio para a consecução de finalidades maiores, que transcendem a própria concorrência, os fins devem ser perquiridos no ordenamento jurídico-econômico, especialmente nos princípios da ordem econômica constitucional.

Isabel Vaz,²⁶ apoiada nos ensinamentos de Fábio Konder Comparato, afirma que é preciso rever o conceito de desenvolvimento, a partir de uma visão crítica do regime da concorrência no Brasil. A livre concorrência, nesse prisma de cogitações, não poderia ser concebida como um valor-fim, mas sim como um valor-meio para a consecução de um objetivo maior a ser implementado de acordo com as normas do Direito Econômico. A concorrência deveria ser concebida como um instrumento de realização da política econômica, na tentativa de estimular os agentes econômicos a participar de um esforço para o desenvolvimento econômico nacional, de modo a assegurar maximização e distribuição efetiva de riqueza, capazes de garantir a todos uma vida digna. Para a mesma autora,²⁷ não se pode deixar de reconhecer a natureza teleológica do regime jurídico da concorrência, no sentido de que a defesa da concorrência tem por pressuposto a consecução de certos objetivos. Por isso, no momento de interpretação e aplicação das normas de defesa da concorrência, deve o julgador levar em consideração os elementos políticos, na tentativa de direcionar as atividades econômicas para a defesa da economia nacional.

Procura-se demonstrar, nesta tese, que a introdução de elementos de política econômica auxiliará a melhoria qualitativa das decisões do Cade, mormente quando se sabe que o princípio da livre concorrência não pode ser concebido como um fim em si mesmo, mas deve ser aplicado como princípio instrumental da ordem econômica brasileira, na busca maior de um direito de desenvolvimento que assegure a todos a possibilidade de uma existência digna.

A legislação brasileira não alçou a livre concorrência ao patamar de princípio-fim ou mesmo de meta ou objetivo final a ser alcançado. Pelo contrário, a livre concorrência é tratada como um princípio-meio ou princípio-instrumental da ordem

²⁶ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 9.

²⁷ VAZ, Isabel, op. cit. p. 383.

econômica. Ela é um instrumento da ordem econômica constitucional para a consecução de um objetivo maior: assegurar a todos existência digna, nos exatos termos do art. 170 da Constituição da República.

Um exame do dispositivo constitucional em debate revela seguramente que o objetivo maior da ordenação jurídica da economia nacional consiste justamente em assegurar a todos, indistintamente, uma existência digna. A dignidade da pessoa humana depende não apenas da fruição jurídica dos seus direitos e garantias fundamentais, mas também da fruição econômica dos bens da vida, capaz de assegurar um mínimo econômico existencial que possibilite a realização dos direitos fundamentais individuais e sociais no plano concreto da realidade existencial de cada um, e não somente no plano abstrato.

Além de ser o objetivo central da ordem econômica brasileira, a dignidade da pessoa humana também é um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme expressamente determinado no art. 1º, III, da Constituição da República. Harmonizam-se, assim, o art. 170 da Constituição e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressamente enunciados no art. 3º da Constituição da República.

No plano infraconstitucional, há que se observar que a anterior lei de proteção da concorrência (Lei nº 8.884, de 1994) previa expressamente a possibilidade de aprovação de um ato de concentração, ainda que implicasse diminuição da concorrência no mercado relevante em causa. O § 1º do art. 54 daquela lei autorizava o Cade a aprovar um ato de concentração limitador da livre concorrência, desde que os agentes interessados na concentração comprovassem a existência de ganhos oriundos do ato, em patamar superior à perda de concorrência dele decorrente (as chamadas eficiências compensatórias). Do mesmo modo, ao definir o conteúdo do compromisso de desempenho a ser firmado no caso de atos de concentração econômica que impliquem limitação da livre concorrência (art. 58), adotou a Lei nº 8.884, de 1994, ainda que de maneira não expressamente declarada, elementos de política econômica, ao determinar que, na fixação das obrigações impostas ao agente econômico interessado em praticar ato de concentração, o Cade deveria levar em consideração o grau de exposição do setor na competição internacional e as alterações do nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

Também a atual lei de proteção da concorrência, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que entrou em vigor em 29 de maio de 2012, muito embora não tenha repetido literalmente as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 54 da lei anterior, considerou que a livre concorrência não é um fim em si mesmo, e outros princípios da ordem econômica constitucional, tão importantes quanto a proteção da livre concorrência, devem ser levados em consideração para o julgamento de atos de concentração econômica. É o que se depreende de uma interpretação sistemática da lei em vigor, em especial do disposto nos §§ 5º e 6º do art. 88 da atual Lei de Proteção da Concorrência.

Da análise dos dispositivos legais aqui mencionados, pressupõe-se claramente que o Cade pode autorizar um ato de concentração econômica, ainda que este implique a eliminação da concorrência em parcela substancial do mercado relevante (o que, em tese, não era permitido no regime da lei anterior, nos termos do inciso III do § 1º do art. 54), ou que possa resultar em posição dominante ou reforço de uma posição dominante, desde que certas eficiências compensatórias sejam atingidas. Assim, é necessário que existam ganhos contrapostos às perdas concorrenciais, e que tais ganhos sejam compartilhados com os consumidores, destinatários ou usuários do produto ou do serviço em causa.

Uma leitura atenta da nova lei de proteção da concorrência revela que, atualmente, a sistemática de análise dos atos de concentração econômica se tornou mais permissiva do que no regime anterior. Isso porque, no regime da Lei nº 8.884, de 1994, atos de concentração que implicassem eliminação de parcela substancial da concorrência eram, a princípio, vedados (art. 54, § 1º, III). A lei atual permite a aprovação ordinária de um ato de concentração que implique a eliminação de parcela substancial da concorrência (art. 88, §§ 5º e 6º), desde que demonstradas as eficiências compensatórias. Isso leva a crer que a legislação em vigor está menos preocupada com a livre concorrência como um fim, e mais atenta à livre concorrência como um meio para a consecução de fins maiores, plasmados na ordem econômica constitucional.

Além dos dispositivos legais anteriormente citados, a Lei nº 12.529, de 2011, prevê a possibilidade de celebração de acordo no controle de atos de concentração, o que também ocorria no regime da lei anterior. O acordo em atos de concentração é um mecanismo eficiente para a consideração e a aplicação de medidas de política

econômica, já que o Cade deverá determinar especificamente, no acordo, como o ato gerará eficiências compensatórias em benefício da sociedade como um todo. Muito embora o art. 92²⁸ da lei em vigor, que tratava do acordo em atos de concentração, tenha sido objeto de veto da Presidência da República, ao analisar tal dispositivo e as razões apresentadas para fundamentação do veto,²⁹ o que se percebe é que os acordos em atos de concentração econômica não apenas são admitidos na nova sistemática legal, como até mesmo é ampliada a sua admissão para qualquer fase durante a tramitação do respectivo processo. Da análise da fundamentação do veto, o que se depreende é que a Presidência da República entendeu ser impertinente restringir a celebração de acordo em atos de concentração apenas até a fase instrutória do processo perante a Superintendência-Geral. Vê-se que o acordo é reputado instrumento relevante para a atuação do Cade na prevenção de abuso de poder econômico oriundo de ato de concentração econômica. Também o Regimento Interno do Cade, aprovado pela Resolução n° 1, de 29 de maio de 2012, dispõe especificamente sobre os acordos em controle de concentração (ACC), conforme previsão expressa de seu art. 125.³⁰

O acordo, em controle de concentração, pode ser entendido como um instrumento típico de intervenção estatal indireta no domínio econômico, em que se vislumbra uma possibilidade de negociação entre o Cade e os agentes econômicos

²⁸ "Lei n° 12.529, de 2011: - Art. 92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art. 88 desta Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação.

§ 1º Uma vez negociado o acordo, minuta de seu inteiro teor deverá ser disponibilizada para consulta pública por prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as respectivas manifestações merecer apreciação motivada.

§ 2º Constarão dos acordos de que trata o caput deste artigo as cláusulas necessárias à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo ser estabelecidos prazos pré-definidos para o seu cumprimento, que será fiscalizado pela Superintendência-Geral.

§ 3º O descumprimento do acordo referido neste artigo implicará a revisão da respectiva aprovação pelo Cade e a abertura de processo administrativo para a adoção das demais medidas cabíveis.

§ 4º O Conselheiro-Relator do processo, escolhido na forma do inciso III do art. 10, participará do processo de negociação do acordo.

§ 5º O acordo negociado pela Superintendência-Geral deverá ser submetido à aprovação do Tribunal, que deliberará no prazo de 30 (trinta) dias úteis."

²⁹ Presidência da República - Razões do veto ao art. 92 da Lei n° 12.529/2011: "Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica."

³⁰ Resolução CADE n° 1, de 29 de maio de 2012: "- Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação. [...].

interessados na aprovação do ato de concentração, nos moldes de um instrumento de economia concertada,³¹ que assegura o direito de participação dos agentes econômicos e da Administração Pública na elaboração de mecanismos de harmonização de interesses individuais e coletivos.

A finalidade do acordo em atos de concentração consiste em definir as condições para a aprovação de atos de concentração econômica, potencialmente lesivos à livre concorrência, devendo os interessados demonstrar ganhos de eficiência superiores às perdas potenciais ou concretas de concorrência no mercado relevante em que atuam. Dentre tais eficiências compensatórias, estariam, por certo, razões que transcendem a simples tutela da livre concorrência e se projetam em temas mais amplos, como o bem-estar do consumidor, a preservação do nível de emprego e renda, investimentos em pesquisa e tecnologia, fortalecimento de setores estratégicos da indústria nacional no mercado internacional, preservação do meio ambiente, desenvolvimento econômico, incentivo ao desenvolvimento das pequenas empresas e outros tipos de ganhos originados de processos de concentração econômica. Nos acordos em controle de concentração, o Cade deverá fundamentar as imposições de certas obrigações aos agentes interessados na aprovação do ato de concentração, de modo a assegurar o cumprimento de elementos outros da ordem econômica constitucional, que não única e exclusivamente a preservação da livre concorrência, até mesmo porque, nos casos em que o acordo é praticado, há perda de concorrência, mas ganhos em outros vieses da política econômica constitucional.

³¹ A expressão economia concertada é aqui adotada no sentido que lhe é atribuído, em geral, no Direito europeu, como uma forma de intervenção consensual do Estado no domínio econômico. Na economia concertada, a imperatividade das normas e dos regulamentos estatais cederia, até certo ponto, espaço aos incentivos e ao fomento estatal para angariar a adesão da iniciativa privada ao planejamento estatal. Nesse cenário de declínio da imperatividade, os agentes econômicos passariam a aderir aos preceitos normativos e às políticas econômicas, por entenderem vantajosa a sua adesão, e não simplesmente pelo receio de penalidades legais. A introdução de mecanismos de sanção premial também deve ser entendida, nesse novo cenário de incentivos à adesão dos particulares às iniciativas do Estado, como uma espécie de concertação ou harmonização dos interesses públicos e privados capazes de interferir na vida econômica do País. Vejam-se, a respeito, FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971. p. 199; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 390; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29.

Observe-se que a lei não tem o escopo único de proteger a livre concorrência. Da leitura da ementa³² da Lei nº 12.529, de 2011, depreende-se que o objetivo almejado é a defesa da ordem econômica, expressão que abrange não só a preservação da livre concorrência, mas também todos os princípios e fundamentos constitucionais aplicáveis ao exercício da atividade econômica.

A proteção da concorrência não está desvinculada de outros princípios e de outros elementos da ideologia constitucionalmente adotada, sendo evidente a sua conexão com os ditames das políticas econômicas já expressamente definidas na Constituição da República. Daí porque as decisões eminentemente técnicas, baseadas unicamente na consideração da eficiência econômica, sob a ótica da razão instrumental de adequação de meios a fins (ignorando as políticas econômicas presentes na ordem econômica constitucional), correm o risco de se verem completamente desprovidas de legitimidade.

Uma vez que as políticas econômicas constitucionais se constituem em mecanismos de densificação e concretização dos princípios da ordem econômica, são essas mesmas políticas que induzirão à realização dos fatos concretos responsáveis pela implementação daquela ordem econômica e, por isso, devem ser levadas em consideração no processo decisório do Cade. Tais políticas econômicas pertencem, desse modo, à Constituição Econômica material.³³ Pertencem, pois, ao corpo jurídico-institucional, não necessariamente constitucional (em sentido formal), incumbido de densificar os princípios e as normas programáticas previstos na Constituição Econômica formal.

Há, contudo, que se observar que a utilização de políticas econômicas como elemento para fundamentação de decisões administrativas em matéria de defesa da

³² "Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências."

³³ A expressão é plurissignificativa na literatura jurídica. Para efeitos desta tese, adotamos o conceito de Constituição Econômica no sentido que lhe é atribuído por Vital Moreira, compreendendo o "[...] conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica, ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam determinada ordem econômica." (MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*: para o conceito de constituição econômica. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 41). No mesmo sentido, ver SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Constituição Econômica* (estudos). V. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito, 2000. p. 18.

concorrência deve sofrer rigoroso controle de legalidade e de constitucionalidade, de modo a garantir a segurança jurídica e a própria eficácia e efetividade das decisões proferidas pelo Cade. O controle dos fundamentos decisórios deverá então ser realizado, tanto sob o ponto de vista do processo administrativo, por meio das garantias fundamentais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, como também por meio da eventual revisão judicial dessas decisões, de modo que o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional possa ser cumprido de modo integral, assegurando-se, a um só tempo, o direito dos jurisdicionados e a efetivação dos valores e ditames maiores da ordem econômica nacional.

Muito embora possa parecer que os argumentos favoráveis à inclusão de razões de política econômica sejam suficientemente claros e fortes o bastante para não justificar resistência, a questão é polêmica, e existem opiniões relevantes acerca das limitações de utilização do Direito da Concorrência para a consecução de objetivos gerais de política econômica.

O problema da restrição do uso de elementos de políticas econômicas para a fundamentação das decisões do Cade é pertinente e deve ser enfrentado, uma vez que abre margem para limitações eventualmente inconstitucionais dos direitos de liberdade econômica dos administrados e, por consequência, para a revisão judicial de tais decisões.

A eventual revisão judicial das decisões do Cade deve ser encarada com naturalidade, já vez que os atos e decisões de toda e qualquer autoridade pública são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Pretender que as decisões do Cade, por melhores que sejam, fiquem imunes à apreciação do Poder Judiciário significaria afronta à garantia fundamental de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Recente e pioneira pesquisa empírica, de enfoque qualitativo e quantitativo, realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP),³⁴ em parceria com o Cade e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), revelou que, em quase metade dos casos submetidos ao Poder Judiciário, ocorreu a reforma da decisão do Cade, tendo o Judiciário efetivamente adentrado o exame do mérito

³⁴ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 11.

administrativo das decisões daquele órgão, e não se restringido apenas a aspectos formais do procedimento.

Ao longo de todo o século XX, razões de ordem política determinaram não apenas a forma de interpretação e aplicação das normas de proteção da livre concorrência, como até mesmo a suspensão de sua aplicação. É o caso, por exemplo, do que ocorreu nos Estados Unidos da América durante o período da grande depressão, na década de 1930, e na Europa e no Japão, ao longo da execução do Plano Marshall. Informa Isabel Vaz³⁵ que, no período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, os *Konzerne*, na Alemanha, e os *Zaibatsu*, no Japão, representavam a vontade política de fortalecimento da economia nacional e a constituição de conglomerados industriais capazes de competir com empresas de outros países. Até a presente data, a autoridade antitruste alemã (*Bundeskartellamt*) pode ter suas decisões em atos de concentração revisadas por meio de recurso dos interessados ao Ministro Federal da Economia e da Tecnologia, o que demonstra que, no Direito alemão, há um forte controle político das decisões em matéria concorrencial.³⁶

O caso do cartel de armadores ingleses também é notório e demonstra como um país como a Inglaterra, fervoroso defensor do livre comércio e da aplicação austera das normas antitruste, pode tolerar, em proveito da defesa de sua economia interna, um cartel capaz de gerar externalidades negativas internacionais, que perdurou por séculos até o ano de 2006.³⁷

³⁵ Excelente estudo da perspectiva histórica do Direito da Concorrência pode ser consultado em VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 224 e seguintes.

³⁶ A revisão está prevista na Lei Alemã da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB*). O § 42 (1) da lei tedesca dispõe que “O Ministro Federal da Economia e da Tecnologia pode, mediante requerimento, autorizar uma operação de concentração proibida pelo Bundeskartellamt quando, no caso concreto, os benefícios que resultem da mesma para a economia nacional superem as desvantagens para a concorrência, inerentes à sua realização, ou quando a concentração se justifique por um interesse público predominante. Neste contexto, um dos fatores a ter em consideração é a capacidade competitiva das empresas presentes noutros mercados que não o mercado alemão, mercado abrangido pela presente lei. A concentração só poderá ser autorizada quando os entraves significativos à concorrência decorrentes da mesma não ponham em causa o sistema de economia de mercado.”

³⁷ Trata-se da regra de isenção de aplicação do art. 81 (hoje art. 101) do Tratado da União Européia. A isenção antitruste, conferida ao sistema de conferências marítimas há séculos pela Inglaterra, foi expressamente recepcionada pelo Direito comunitário através do Regulamento (CEE) N° 4056/86, que foi revogado pelo Regulamento do Conselho da União Européia N° 1419/2006, de 25 de Setembro de 2006. Interessante ressaltar as preocupações político-econômicas do Comitê Econômico e Social Europeu (CESE) ao apresentar seu Parecer sobre a revogação do Regulamento 4056/86, destacando, no item 1.3 a necessidade de que a Comissão atente para a preservação da

Uma análise histórica do desenvolvimento do Direito antitruste nos Estados Unidos da América revela a existência de uma espécie de movimento pendular, alternando-se períodos de aplicação mais austera das normas antitruste (overenforcement) e períodos de abrandamento da aplicação do antitruste (underenforcement).³⁸ O final do século XIX e o início do século XX, época em que foram introduzidas as primeiras normas antitruste (Lei canadense, de 1889, e o Sherman Act, de 1890), marcam um período de reação política e jurídica às grandes concentrações econômicas ocorridas desde o final do século XVIII e durante todo o século XIX, sob os influxos da revolução industrial e da formação de uma sociedade de consumo de massa na Europa e na América do Norte. Nesses primeiros anos, a interpretação e a aplicação das normas antitruste ocorriam de modo bastante austero, com características marcadamente repressivas e punitivas. Essa primeira fase, nos Estados Unidos, durou até o período entre as duas Grandes Guerras e a grande depressão na década de 1930.

Segundo Pitofsky, entre 1920 e 1930 e durante toda a Segunda Guerra Mundial, o antitruste parecia ser uma “paixão desbotada”. Com o término da guerra, porém, durante as décadas de 1950 e 1960, o cenário mudou, e ocorreu um revigoramento do antitruste, especialmente em razão da hostilidade do Congresso norte-americano em relação aos grandes conglomerados industriais e diante de uma composição bastante liberal da Suprema Corte (Warren Court).³⁹ Nesse período, que vai do início de 1950 até o final da década de 1960, o antitruste foi aplicado de modo bastante enérgico, sendo dessa época o grande desenvolvimento do pensamento estruturalista de Harvard e a construção do lema *Small is beautiful*. Como a toda ação corresponde uma reação, economistas e juristas norte-americanos, capitaneados pelo que posteriormente se chamou de Escola de Chicago, começaram a questionar duramente a aplicação severa do antitruste, especialmente o sistema interpretativo da *per se* condemnation, revigorando-se a regra da razão, à luz de justificativas técnico-econômicas largamente desenvolvidas

segurança do transporte marítimo em águas europeias (qualidade dos transportes) e, no item 1.7, para aspectos de recursos humanos (impactos no emprego dos marítimos europeus). (Jornal Oficial da União Europeia, 16.12.2006, p. C 309/46).

³⁸ Ver PITOSFKY, Robert. et. alii. *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 5

³⁹ PITOFISKY, Robert. Op. Cit. p. 4

por tal escola. A consagração desse período ocorreu durante as décadas de 1980 e 1990, sob a influência do neoliberalismo, que marcou os governos Reagan e Bush.

Com o governo Clinton e o primeiro mandato do Presidente Bush, houve uma tentativa de estabelecimento de um meio-termo ou equilíbrio na aplicação do antitruste, mas, segundo informa Pitofsky, esse movimento não chegou a se concretizar, em função da reeleição de George W. Bush e a indicação de dois ministros (Justices) conservadores para a Suprema Corte, os quais produziram uma série de decisões céticas a respeito da capacidade do antitruste de oferecer mais benefícios do que prejuízos.⁴⁰ Atualmente, o Direito antitruste norte-americano parece estar ainda buscando uma conciliação, ou um meio-termo, para a aplicação das normas de proteção da concorrência, sem deixar o pêndulo inclinar-se nem para uma posição muito liberal, nem para uma excessivamente restritiva da liberdade das empresas.

No Brasil, as Constituições de 1824 e de 1891 não previam a intervenção do Estado no domínio econômico, o que somente passou a ser admitido na Constituição de 1934. Assim, o Direito antitruste brasileiro somente se iniciou em 1938, com a edição do Decreto-Lei nº 869, que tratava a matéria sob o aspecto do Direito Penal, tipificando os “crimes contra a economia popular”. Nessa primeira fase (1938-1945), a aplicação das normas antitruste foi bastante modesta, restringindo-se sempre a um tratamento de natureza criminal, tendo por objetivo a defesa da economia popular, e não propriamente da livre concorrência.

Em 22 de junho de 1945, foi editado o Decreto-Lei nº 4.666, voltado à tutela da livre concorrência sob o viés administrativo. Essa norma definia certos atos contrários ao interesse da economia nacional, diferentemente do que fizera a norma anterior, que apenas definia crimes contra a economia popular. Por meio do Decreto-Lei nº 4.666, de 1945, foi criada uma “Comissão Administrativa de Defesa Econômica”, que viria a ser um dos primeiros passos para a constituição de um

⁴⁰ Eleanor Fox comenta quatro casos julgados pela Suprema Corte durante esse período, que demonstram como a análise econômica de viés conservador acabou gerando decisões altamente questionáveis, acarretando uma espécie de paradoxo da eficiência (quando a eficiência econômica poderia ser obtida com o acolhimento e também com a condenação da conduta). Os casos referidos por Fox são: Brooke Group, California Dental Association, Trinko e Leegin. Ver FOX, Eleanor M. *The Efficiency Paradox*. In: PITOSFKY, Robert et alii. *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-85.

órgão administrativo para aplicação do antitruste.⁴¹ Seria essa comissão a responsável por averiguar os atos contrários à economia nacional e intervir, com sanções administrativas, nas empresas que estivessem cometendo tais atos. A aplicação dessa norma nem sequer chegou a acontecer na prática, já que vigorou por menos de seis meses e foi expressamente revogada pelo Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de novembro de 1945. Curiosamente, durante o período mediado entre a revogação do Decreto-Lei nº 7.666, de 1945, e a publicação da Lei nº 4.137, de 1962, houve praticamente uma espécie de anomia no tratamento dos atos de concentração econômica, já que o único diploma em vigor no País, que tratava de matéria antitruste (e ainda assim sob o viés do Direito Penal) era o Decreto-Lei nº 869, de 1938, destinado exclusivamente ao controle de condutas, e não ao controle de estruturas. Durante o período do regime de exceção (1964-1985), com a edição das Leis nº 5.727, de 1971, e nº 6.151, de 1974, que estabeleceram, respectivamente, o primeiro e o segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), o Direito da Concorrência experimentou forte influência das políticas econômicas voltadas para o crescimento da indústria nacional, com evidente estímulo às concentrações. É do mesmo período o Decreto-Lei nº 1.182, de 1971, que criou a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE), comissão vinculada ao Ministério da Fazenda, cuja função precípua era a de incentivar e estimular as fusões, as incorporações e a abertura de capital de empresas nacionais em bolsa de valores. A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 1976), publicada no mesmo período, também pode ser concebida como um instrumento jurídico a serviço da facilitação das fusões, das incorporações e das aquisições de empresas. A política econômica vigente naquele momento era inclinada à formação de grandes empresas nacionais, deixando para segundo plano os riscos e os problemas inerentes às concentrações empresariais.

Nos anos iniciais da redemocratização brasileira, o País passou por severas e sucessivas crises econômicas, tendo lutado arduamente, durante toda a década de 1980 até o ano de 1994,⁴² para combater a inflação, equacionar a política cambial e

⁴¹ Note-se que, nos Estados Unidos da América, o *Federal Trade Commission Act*, de 1914, já havia criado um órgão administrativo (a FTC) para a aplicação da legislação antitruste. No Brasil, apenas em 1962, com a Lei nº 4.137, é constituído o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁴² Ainda que seja tema controverso, parece haver certo consenso entre os economistas brasileiros de que apenas com a introdução do Plano Real, por meio da Medida Provisória nº 434, de 28 de fevereiro de 1994, posteriormente convertida na Lei nº 8.880, de 1994, o País conseguiu atingir um

atrair investimentos estrangeiros. Nesse ambiente macroeconômico conturbado, boa parte da atuação estatal na economia foi feita de modo específico e sintomático e, uma vez que o mercado sofria com um número elevado de intervenções, e ainda estava por se implementar concretamente as medidas e o programa nacional de desestatização da economia,⁴³ o Direito da Concorrência parece ter ficado relegado a segundo plano, muito embora o Cade tenha atuado ininterruptamente desde 1962, sob a égide da Lei nº 4.137, de 1962. O controle de preços estabelecido por intermédio do Conselho Interministerial de Preços (CIP) e os sucessivos regimes de tabelamento organizados pela Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB) também contribuíram para abrandar a utilização da legislação antitruste como mecanismo de controle de mercado.

A introdução das teorias neoliberais e a mudança paradigmática propiciada pela Constituição da República de 1988, bem como as transformações ocorridas na economia brasileira no final dos anos 1990 e durante os anos iniciais da primeira década do século XXI, com significativa reativação do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) e da geração de receita e renda, fizeram com que o Direito da Concorrência recebesse novos influxos e passasse por significativa transformação. Por um lado, com a publicação da Lei nº 8.884, de 1994, o Cade foi transformado em autarquia federal, dotada de personalidade jurídica própria e de independência técnica e administrativa em relação ao Poder Executivo Federal. Por outro, ocorreu um movimento de crescente sofisticação da análise antitruste, com aplicação sistemática de conhecimentos técnicos e científicos fornecidos pela Ciência Econômica e, especialmente, por estudos estrangeiros. A própria dinâmica da economia nacional e a abertura à competição internacional passaram a demandar respostas mais especializadas por parte do Estado, no que tange ao Direito da Concorrência, inclusive.

eficiente controle dos processos inflacionários. Coincidentemente (ou talvez não), a Lei Antitruste brasileira também foi modificada no mesmo ano de 1994, pela Lei nº 8.884.

⁴³ O Programa Nacional de Desestatização da Economia foi criado pela Lei nº 8.031, de 1990, e tinha como objetivos declarados: reordenar a posição estratégica do Estado na economia; contribuir para a redução da dívida pública; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para modernização do parque industrial do País; permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.

Essa última fase foi marcada por um movimento vigoroso do desenvolvimento técnico do antitruste no Brasil, com o julgamento de casos de repercussão nacional com desdobramentos em toda a economia do País. Uma espécie de fascínio pelas novas contribuições da análise econômica, no entanto, parece ter afastado o Cade da análise dos aspectos de política econômica, sendo crescente, desde o final da década de 1990 e até os dias atuais, a adoção de critérios técnicos voltados unicamente para a maximização do bem-estar do consumidor.

Come se vê, aparentemente, vem ocorrendo um movimento pendular (dialético, no sentido hegeliano) do Direito da Concorrência brasileiro. Duas fases de grande ingerência política no trato das questões econômicas brasileiras (o período dos Planos Nacionais de Desenvolvimento e o período do combate à inflação e de busca da estabilização cambial) foram sucedidas pela atual fase (talvez iniciada em 1994, com a Lei do Plano Real e a Lei nº 8.884), que possibilitou um bem-vindo reforço técnico na análise antitruste e uma tentativa, até certo ponto salutar, de preservar o Cade das influências de políticas diversas. Como ocorre em boa parte dos movimentos dialéticos, porém, tese e antítese representam dois extremos, sendo necessário buscar uma síntese.

Nesta tese, procura-se demonstrar que a síntese poderia ser obtida por meio da efetiva consideração de políticas econômicas nas decisões do Cade, mas não por um uso irrestrito e indiscriminado de tais políticas, sob pena de se voltar para a posição extrema do movimento pendular, antagonizada pela atual reação tecnicista. O uso indiscriminado ou discricionário das razões de políticas econômicas nas decisões do Cade deve ser censurado, já que configuraria evidente afronta aos direitos do jurisdicionado e ao princípio da segurança jurídica. Restringir, porém, por completo, o Conselho a aplicar em seus fundamentos decisórios as razões de políticas econômicas consentâneas com a ideologia constitucionalmente adotada, juntamente com as razões econômicas e jurídicas de ordem técnica, também não seria proveitoso e tampouco razoável, uma vez que, em muitos casos, isso poderia representar um afastamento do Cade dos objetivos maiores da República Federativa do Brasil, transformando o Direito da Concorrência em um instrumento sem sentido na busca pela dignidade da pessoa humana e, logo, sem sentido no ordenamento jurídico brasileiro. No contexto da Constituição de 1988, o princípio da livre concorrência, expressamente previsto no inciso IV do art. 170, não pode ser tomado

como um valor ou princípio de hierarquia superior aos demais princípios contidos nos outros incisos do mesmo artigo.

A efetivação da síntese dialética aqui apresentada dependerá necessariamente de uma correta compreensão do papel e dos limites que os elementos político-econômicos devem desempenhar nos julgamentos de questões concorrenciais, sendo necessário fixar, ainda que em tentativa provisória, certos critérios e mecanismos para a sua correta aplicação. No Capítulo 6, essa tentativa de eleição de critérios será apresentada, bem como a ideia geral do balanço que o Cade deverá fazer entre os argumentos técnico-econômicos, os jurídicos e os de políticas econômicas constitucionais para melhoria qualitativa de suas decisões e maior compatibilidade dos seus julgados com os ditames constitucionais.

Antes, porém, de se adentrar no exame de tais critérios, faz-se necessário apresentar a concepção que se adotou, nesta tese, de certos conceitos largamente utilizados, a fim de melhor esclarecer a hipótese em teste. Assim, o entendimento adequado do que se entende por legitimidade das decisões do Cade, o correto conceito do que sejam as políticas econômicas constitucionais, que não podem ser confundidas com políticas de governo ou políticas partidárias, e os conceitos de eficiência e de economicidade serão abordados no próximo capítulo.

3 IDENTIFICAÇÃO DAS NOÇÕES E DOS CONCEITOS UTILIZADOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA TESE

O desenvolvimento da tese demandou a identificação, a definição e a redefinição de algumas ideias e de certos conceitos essenciais para a precisão terminológica que deve permear um trabalho científico. Nem sempre é possível estabelecer, na seara jurídica, conceitos dotados de alta precisão. Nesses casos, optou-se pela utilização de noções ou ideias, diante da necessária flexibilidade que a compreensão do fenômeno jurídico demanda.

As ideias de legitimidade, política, política econômica, eficiência e economicidade foram analisadas e discutidas para que se pudesse utilizá-las com um pouco mais de segurança e rigor formal, uma vez que há, na literatura especializada e até mesmo na legislação, significados divergentes de tais elementos, o que poderia trazer dificuldades para a plena compreensão da tese proposta.

3.1 Legitimidade

Uma vez que a pesquisa tem como problema o resgate da legitimidade das decisões do Cade, a partir da aplicação de argumentos de políticas econômicas constitucionais, há que se definir com clareza o que se entende por legitimidade.

A ideia de legitimidade pode ser analisada sob dois enfoques: o da Teoria Geral do Direito e o da Ciência Política. Na Teoria Geral do Direito, a análise recai sobre a legitimidade das normas jurídicas no sentido de sua adequação ao ordenamento jurídico ou ao sistema legal de um país. Na Ciência Política, a legitimidade representa a capacidade de um governo exercer poder sobre os governados (ter suas ordens observadas) sem ter de se valer de violência (coerção).

No dizer de Norberto Bobbio, o núcleo fundamental da legitimidade de atuação do Estado repousa na ideia de consenso (ou, pelo menos, de consentimento) dos administrados aos atos e às decisões produzidas pelo Estado.⁴⁴

Neste trabalho, utiliza-se prioritariamente a concepção jurídica de legitimidade. Trata-se do sentido de pertencimento de uma norma jurídica a um conjunto maior, que legitima a sua validade e aplicação no julgamento de casos concretos, o seu pertencimento ao ordenamento jurídico como um todo. Assim, a ideia de legitimidade jurídica implica o necessário reconhecimento da vinculação das normas (e das decisões) com o fundamento de validade do sistema, isto é, com a Constituição da República, em uma perspectiva teleológica e de integralidade do Direito como sistema.

As decisões jurídicas (judiciais ou administrativas) podem ser concebidas, com apoio em Kelsen, como normas de caráter concreto.⁴⁵ As decisões são normas jurídicas que prescrevem um dever-ser (regra de conduta) para reger o caso concreto submetido à análise do julgador. Como normas de caráter concreto, as decisões do Cade podem ser apreciadas sob três planos: o da validade, o da eficácia e o da legitimidade.

No plano da validade, as decisões do Cade devem ser proferidas a partir do referencial do processo administrativo, instaurado por autoridade competente, com observância de todos os requisitos procedimentais para a prolação da decisão final.

No plano da eficácia, as decisões do Cade devem ser providas de aplicabilidade prática, devem ser aptas a produzir efeitos sobre a realidade concreta. De nada adiantaria proferir uma decisão que não pudesse ser cumprida pelos administrados ou que, ainda que cumprida, não atingisse os objetivos colimados pela ordem jurídica.

As decisões do Cade têm atendido aos requisitos de validade e eficácia. Observa-se, porém, que, muito embora válidas e eficazes, muitas vezes as decisões do Cade relegam a segundo plano o cumprimento das finalidades maiores da ordem

⁴⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Tradução de Carmem C. Varriale et alii. *Dicionário de Política*. Verbete Legitimidade. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 677.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3ª. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 163

econômica constitucional, enfraquecendo a relação de pertencimento ou de vinculação com a Constituição.

Nesse prisma de ideias, a legitimidade das decisões do Cade estaria eventualmente comprometida quando, em prestígio de uma análise técnica e formal, deixasse de refletir as finalidades e os objetivos constitucionais, a serem atingidos por meio da livre concorrência como instrumento (ou valor-meio) da ordem econômica constitucional.

A legitimidade, então, significaria o senso de compatibilidade das decisões do Cade com os imperativos da ordem econômica constitucional. Desse modo, sob o ponto de vista teórico, o déficit de legitimidade de tais decisões ocorreria quando fossem tais decisões fundamentadas exclusivamente em uma racionalidade econômica de caráter técnico-instrumental (de mera adequação de meios a fins), em detrimento de uma racionalidade crítica e comunicativa que permitisse o diálogo com os elementos das políticas econômicas constitucionais. A legitimidade das decisões do Cade dependeria, então, de uma aplicação harmônica e teleológica das normas de defesa da concorrência, de acordo com o contexto constitucional da ordem econômica.

3.2 Política

O conceito de política e, especialmente, o conceito de política econômica são de vital importância para o desenvolvimento desta tese. A noção de política, no senso comum, muitas vezes tem gerado nos julgadores preconceitos em relação à aplicação de elementos de política econômica para a fundamentação racional de suas decisões. Ocorre que a noção de política, no senso comum, não pode ser confundida com o conceito científico de política e, menos ainda, com a noção de política econômica.

A noção geral de política, que não se confunde com política partidária ou política de grupos, refere-se a um especial modo de exercício de poder, o exercício não violento do poder. O poder, por sua vez, pode ser entendido, de um modo geral, como a capacidade de alguém de determinar o comportamento de outra pessoa, ou, a capacidade de fazer os outros obedecerem às regras e aos seus interesses.

O poder pode ser exercido de dois modos: poder violento e poder não violento. Pertence ao primeiro modo o exercício do poder por meio da força, que submete os mais fracos à vontade dos mais fortes, seja pelo emprego da força física, seja pelo emprego de armas, seja por coações. No segundo modo de exercício do poder, estão as várias formas de poder político, ou seja, a capacidade de fazer observar as normas e os interesses do governante (ou do Estado ou do povo, a depender do tipo de regime político adotado), por meio da livre adesão dos governados. Essa livre adoção à vontade do governante (ou do Estado ou do povo) pode ocorrer, segundo preceitua Weber, por meio de três modos de dominação legítima, que podem aparecer isoladamente ou podem ser exercidos em conjunto: dominação legal (ou racional), dominação tradicional e dominação carismática.⁴⁶ Cada um desses modos representou, na história da humanidade, a conformação de certos tipos de sociedade e formas diversas de organização do Estado.

No modo de dominação legal, ou racional, o poder deve ser exercido por meio do consenso, ou do consentimento, em contraposição ao poder exercido por meio da aplicação da força. Somente o poder exercido por meio dos três modos de dominação é que seria, para Weber, expressão do poder político (do poder exercido não por meio de violência ou coerção, mas sim por meio do consentimento do governado). No exercício do poder político, há um pressuposto básico de negação da violência, o de que o poder será exercido por meio da livre adesão dos governados aos interesses dos governantes (ou do Estado, ou do povo, ou da sociedade).

Nos Estados de Direito, o que se pretende é que o modo de dominação seja o legal ou racional (na linguagem de Weber). Em outros termos, o consentimento dos governados seria obtido por meio de um juízo racional, no sentido de que as normas que regem o convívio social são as melhores entre as várias opções disponíveis e, por isso, devem ser aceitas consensualmente.

A política, então, surge como um modo de exercício de poder não violento, voltado para a obtenção de um consenso comunitário, que se funda na avaliação

⁴⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3. ed. V. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. Para uma leitura contemporânea de Weber, ver DREIFUSS, René Armand. *Política, poder, Estado e força: uma leitura de Weber*. Petrópolis: Vozes, 1993.

racional e na adesão consciente dos cidadãos às normas que regem o convívio social e às decisões adotadas pelo Estado na condução do interesse social.

3.3 Política econômica

Em termos gerais, a política econômica pode ser compreendida como um conjunto de normas, atividades e medidas operadas pelo Estado para influenciar e direcionar os institutos da produção, da circulação, da distribuição e do consumo de bens, serviços e capitais. José Francisco de Camargo conceitua a política econômica como uma espécie de manipulação deliberada de certo número de meios capazes de atingir fins determinados pelo Estado.⁴⁷

Adolfo Weber conceitua a política econômica como um conjunto de “meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia”.⁴⁸ A política econômica pode ser de curto prazo, também chamada de política conjuntural, ou de longo prazo, chamada de política econômica estrutural. Em qualquer dos casos, a política econômica desempenha uma função normativa (direcionadora), tendo por finalidade a condução da economia concreta (atos e fatos econômicos) para a consecução de certos objetivos.

Washington Peluso Albino de Souza, afirma que a política econômica deve ser compreendida como o exercício do poder econômico público pelo Estado, por meio de normas jurídicas, que têm por finalidade concretizar a ideologia econômica adotada na Constituição.⁴⁹

Neste trabalho, defende-se a ideia de que a política econômica, instrumentalizada e regulada juridicamente pelas normas de Direito Econômico,⁵⁰ está vinculada não apenas à concretização da ideologia econômica adotada pela Constituição da República, mas também, e principalmente, à consecução dos

⁴⁷ CAMARGO, José Francisco de. *Política Econômica*. São Paulo: Atlas, 1967. p. 25.

⁴⁸ WEBER, Adolfo. *Política Económica*. V. 1. Tradução de José Álvarez de Cienfuegos y Cobos. Barcelona: Bosch, 1940. p. 18.

⁴⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 17. e SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 197.

⁵⁰ Nesse ponto, faz-se referência ao ensinamento de Washington Peluso Albino de Souza, segundo o qual o Direito Econômico tem por objeto a regulação jurídica (juridicização) das políticas econômicas. Sobre esse assunto, ver SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 396 e seguintes.

objetivos fundamentais da República e à concretização dos direitos e das garantias fundamentais capazes de assegurar a todos existência digna.

3.3.1 Políticas de Estado e políticas de Governo

Uma questão que merece registro neste trabalho diz respeito à distinção entre políticas de Estado e políticas de Governo e qual delas (ou se ambas) deve ser considerada pelo Cade nos seus julgamentos.

Uma primeira tentativa de explicação da diferença entre políticas de Estado e políticas de Governo parte da avaliação da durabilidade temporal e do grau de institucionalização de tais políticas.⁵¹ As políticas de Estado teriam caráter duradouro e maior grau de institucionalização, ao passo que as políticas de Governo teriam caráter transitório (de menor duração temporal) e menor grau de institucionalização, já que dependeriam da vontade do governo em exercício.

Partindo desse raciocínio, Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵² entende que as políticas de Estado são aquelas que estão previstas como políticas permanentes na Constituição da República (critério temporal), e cita como exemplo as políticas de incentivo ao desenvolvimento tecnológico e ao mercado interno, previstas, respectivamente, nos arts. 218 e 219 da Constituição da República. Já as políticas de Governo são aquelas que dizem respeito aos programas de governo, de caráter transitório, podendo modificar-se de acordo com a conjuntura e mesmo com as mudanças da situação econômica do país.

Essa distinção, fundada no critério de duração temporal, não parece a mais adequada, uma vez que existem políticas de Estado conjunturais (portanto, de curta duração), que não se confundem com políticas de Governo. Tome-se como exemplo a política cambial, que é bastante mutável (para se adaptar à realidade econômica cambiável), mas que, nem por isso, deixa de ser uma política de Estado. A distinção

⁵¹ DI GIOVANNI, Geraldo et alii. *A política social brasileira no século XXI: a prevalência dos programas de transferência de renda*. São Paulo: Cortez, 2004.

⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo, V. 3, n. 6, p. 124-138, 1996. No mesmo sentido: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Concorrência como tema constitucional: política de estado e de governo e o estado como agente normativo e regulador*. In: *Revista do IBRAC*. São Paulo, V. 16, 2009. p. 178.

com fundamento no grau de institucionalização igualmente não parece a mais adequada, uma vez que é possível existirem políticas de Estado que, muito embora estejam previstas no texto constitucional, não foram regulamentadas pelo legislador ordinário e, por consequência, não sofreram um adensamento institucional forte, permanecendo pouco institucionalizadas.

Aparentemente, um critério melhor seria considerar políticas de Estado aquelas que têm sua origem, ainda que não imediata, no texto da Constituição. No caso das políticas econômicas, seriam políticas de Estado as que têm origem na Constituição Econômica formal e se instrumentalizam e se densificam por meio da Constituição Econômica material. Já as políticas de Governo seriam aquelas definidas apenas nos programas de governo, por meio de conciliação entre a orientação ideológica do partido político em exercício do Governo e as políticas de Estado. Em outros termos, as políticas de Governo seriam construídas com certo grau de liberdade para a consideração dos elementos ideológicos do partido ocupante do Governo, porém essa liberdade não poderia ser exercida de modo colidente com as políticas de Estado.

As políticas econômicas (de Estado e de Governo) devem ter sede constitucional. As primeiras representam as linhas mestras da densificação dos princípios da ordem econômica constitucional. As segundas servem de apoio aos planos, programas e projetos do Governo, mas devem respeitar as primeiras, sob pena de se revelarem incompatíveis ou contrárias à implementação da ordem econômica constitucional.

Assim, a diferenciação de políticas de Estado e de políticas de Governo, para fins de aplicação nas decisões do Cade, perde um pouco a importância, uma vez que uma ou outra teria, necessariamente, de estar em harmonia com a ordem econômica constitucional, de tal modo que as políticas econômicas constitucionais, como concebidas nesta tese, abarcaria tanto as políticas de Estado como as políticas de Governo, sempre que sirvam como instrumento para a densificação dos princípios da ordem econômica constitucional e para concretização das finalidades e dos objetivos definidos pela Constituição da República.

3.3.2 Políticas econômicas constitucionais

Finalmente, chega-se ao exame do que seriam, para efeitos desta tese, as políticas econômicas constitucionais que devem ser levadas em consideração pelo Cade em seus julgamentos.

Segundo Giovanni Clark,⁵³ a política econômica, em termos gerais, pode ser realizada tanto pelo Estado como pela iniciativa privada. Quando se tratar de política econômica estatal, estar-se-ia diante daquelas atuadas necessariamente pelo Estado, ainda que com a adesão ou o auxílio do setor privado. Para Clark, a política econômica estatal compreenderia um conjunto de ações coordenadas, contidas em normas jurídicas, por meio das quais o Estado exerceria influência sobre as relações econômicas e sociais, tendo por objetivo a efetivação dos ditames da Constituição Econômica.⁵⁴ O núcleo operacional das políticas econômicas (estatais) consistiria, então, nas ações juridicamente institucionalizadas e realizadas pelo Estado (políticas de Estado), na busca da concretização da ordem econômica constitucional, que se identifica com o conceito mais amplo de Constituição Econômica.

Ao exemplificar as ações compreendidas nas políticas econômicas estatais, Clark cita aquelas relacionadas à compra e à venda de moeda estrangeira (política cambial); à elevação ou à redução dos tributos e à instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico (política fiscal); ao controle do volume da moeda circulante no mercado (política monetária); à edição de normas legais de remessa de lucros ao exterior (um dos vieses da política de regulação do investimento estrangeiro e de proteção do mercado interno); à repressão ao poder econômico (política antitruste); à defesa do consumidor (política das relações de consumo); à concessão de créditos subsidiados a setores econômicos (política de incentivos setoriais); à cessão de terras públicas e a desapropriações (política fundiária e de reforma agrária); à realização de obras governamentais em prol do crescimento modernizante (política de infraestrutura); à estatização ou à nacionalização de atividades econômicas (política de controle de ativos estratégicos); à criação de

⁵³ CLARK, Giovanni. Política econômica e Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso). V. 53, 2008. p. 103-115.

⁵⁴ CLARK, Giovanni. Política econômica e Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso). V. 53, 2008. p. 103.

agências reguladoras produtoras de marcos legais para o mercado (política regulatória), dentre outras.

Como se vê, as ações mencionadas por Clark estão sempre compreendidas em um contexto específico, o das políticas setoriais ou de um contexto maior, o das políticas estruturais da economia nacional. Essas políticas, sejam elas desenvolvidas como implementação das metas estruturantes da ordem econômica, sejam elas aplicadas como mecanismos de concretização de um plano de Governo, estarão sempre subordinadas à linha mestra dos ditames da Constituição Econômica, visando à consecução das metas e dos objetivos delineados constitucionalmente.

As políticas econômicas constitucionais, independentemente de serem ou não políticas de Estado ou políticas de Governo, podem ser entendidas, em um primeiro momento, como todas as políticas econômicas que estejam em conformidade com a Constituição da República. Em sentido mais específico, porém, as políticas econômicas constitucionais devem ser entendidas como mecanismos de densificação dos princípios da ordem econômica constitucional, e com tais princípios não se confundem.

Os princípios da ordem econômica constitucional têm natureza de princípio; são normas jurídicas gerais e abstratas, que apontam para um norte, para um caminho a ser seguido. Constituem verdadeiros mandados de otimização, no dizer de Alexy.⁵⁵ As políticas econômicas constitucionais, muito embora possuam profunda vinculação com os princípios da ordem econômica, não têm a natureza de princípio jurídico, mas sim de regra jurídica, uma vez que instrumentalizadas por meio de normas específicas e, no mais das vezes, de caráter relativamente concreto, destinadas a intervenções específicas, em contextos específicos. A política fiscal, a política cambial, a política industrial, a política do acesso ao consumo e das relações de consumo, a política ambiental, a política de ciência e tecnologia, a política antitruste, dentre outras, constituem-se de regras jurídicas específicas que densificam os princípios da ordem econômica constitucional.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87 e seguintes.

A densificação de tais princípios ocorre por meio da elaboração de regras constitucionais e, no mais das vezes, infraconstitucionais, da criação de instituições e do estabelecimento de planos gerais e setoriais e de programas específicos para a implementação, no plano concreto, dos valores e dos objetivos definidos na Constituição da República.

O termo “densificação” é aqui tomado emprestado de Canotilho,⁵⁶ para quem a densificação de normas e de preceitos constitucionais significaria o adensamento institucional capaz de tornar operativa e concreta a vontade do povo positivada na norma constitucional. A atividade de densificação de princípios e normas constitucionais seria desempenhada pelas normas infraconstitucionais, especialmente por normas de caráter concreto, quando regulassem aspectos concretos da realidade, criassem instituições e operassem planos e programas (de Governo e de Estado) para operacionalizar a ordem constitucional, produzindo efeitos práticos na realidade jurídico-econômica.

Assim, as políticas econômicas constitucionais estão presentes tanto na Constituição da República (na Constituição Econômica formal) como também nas normas, regras e instituições, nos planos e programas que instrumentalizam a ordem econômica, ou seja, na Constituição Econômica material.⁵⁷

O trabalho de densificação das normas e preceitos constitucionais, em matéria econômica, deve ser realizado pelo Estado diretamente, ou indiretamente, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos e limites dos arts. 173 e 174 da Constituição da República. Nessa qualidade de agente normativo e regulador, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de incentivo, fiscalização e planejamento, e as políticas econômicas assumirão, no desempenho dessas funções, papel de grande importância para nortear a atuação estatal e para torná-la eficaz.

⁵⁶ Para Canotilho, “Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto.”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1201.

⁵⁷ MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 69.

O Direito da Concorrência está afeto à função de fiscalização, a ser exercida pelo Estado como agente indireto da atividade econômica. Por isso, ao se considerar o antitruste como um dos mecanismos de atuação indireta do Estado no domínio econômico, não há como se ignorar as políticas econômicas constitucionais (instrumentos de densificação da ordem econômica constitucional), dado que elas fazem parte essencial do exercício da atividade normativa e reguladora do Estado.

3.4 Conceito de eficiência

O conceito de eficiência também se revela fundamental para a análise científica ora empreendida. Para a compreensão adequada do princípio da eficiência, tão caro ao Direito da Concorrência, analisar-se-ão as principais teorias que empreendem uma explicação para o que vem a ser eficiência econômica.

3.4.1 O teorema da eficiência de Pareto: teoria dos ganhos sem perda

Vilfredo Pareto, economista italiano que lecionou na Universidade de Lausanne, na Suíça, é apontado pelos pesquisadores da Análise Econômica do Direito⁵⁸ como um dos economistas, ao lado de John Maynard Keynes e Arthur Cecil Pigou, que mais influenciaram a elaboração das políticas econômicas do Estado de Bem-Estar Social.

Pareto desenvolveu a tese de que uma distribuição de recursos será superior se for possível melhorar a situação de algum dos agentes econômicos sem piorar a situação dos demais. Assim, uma distribuição de recursos “Y” atenderia ao critério superior de eficiência, segundo Pareto, se com essa distribuição a situação inicial “X” dos envolvidos (e de terceiros) não fosse piorada e, ao mesmo tempo, pelo menos um dos agentes tivesse a sua condição melhorada. Explicando o critério de eficiência do superior de Pareto, Richard Posner⁵⁹ afirma que uma transação superior, conforme Pareto, seria aquela que melhorasse a posição de ao menos uma pessoa, sem piorar a posição de nenhuma outra. Assim, o superior de Pareto

⁵⁸ FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

⁵⁹ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7th ed. Aspen, 2007. p.12.

exigiria a unanimidade (aquiescência) das pessoas afetadas, para que todas fossem beneficiadas, e nenhuma fosse prejudicada, com a alteração inicial no modo de distribuição dos recursos.

Também é preciso analisar o que seja ótimo de Pareto, outra noção de eficiência distributiva muito difundida nas produções científicas geradas ao longo do século XX. Uma distribuição de recursos terá uma eficiência ótima, segundo Pareto, quando nenhuma outra distribuição possa ser feita sem que nenhum agente econômico piore de situação em relação a sua situação inicial. Assim, a distribuição ótima seria o melhor superior possível de Pareto, o superior máximo, isto é, aquela distribuição tão eficiente que não pode ser melhorada. Explicando a diferença entre o superior e o ótimo de Pareto, Andrés Roemer afirma que, para aquele autor, um estado de coisas somente é superior a outro se, nesse novo estado de coisas, nenhum indivíduo piorar em relação ao estado anterior e, pelo menos, um indivíduo ficar em melhor posição em relação ao estado anterior. Assim, ninguém piora e, pelo menos, uma pessoa (ou agente) melhora.⁶⁰

Como se percebe, tanto o critério de superioridade como o ótimo de Pareto partem do pressuposto da possibilidade de ganho sem perda. Em outras palavras, há a possibilidade de ganho para uns, sem que haja perda para outros.

3.4.2 Críticas ao teorema da eficiência de Pareto

Os critérios de Pareto para aferição de eficiência sofrem algumas críticas, dentre as quais as mais importantes são:

a) a crítica de Richard Posner, que afirma não serem eles passíveis de verificação empírica. Em outros termos, a grande maioria das situações econômicas concretas gera perdas para uns e ganhos para outros (custos privados), sem contar que, na nova distribuição de recursos, pode ocorrer ineficiência propriamente dita, que gerará perda para a economia como um todo (custo social);

⁶⁰ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 27.

b) a crítica de Frank Stephen, que informa serem os critérios de Pareto excessivamente conservadores e predispostos à manutenção da realidade econômica no ponto de partida.

Segundo Posner, o problema enfrentado pela teoria da eficiência de Pareto consiste na sua remota aplicabilidade prática. Dificilmente seria possível considerar uma transação eficiente, no sentido superior de Pareto, porque praticamente não existem situações concretas onde haja ganho sem perda. Assim, seria impossível a verificação empírica da superioridade paretiana.⁶¹

A crítica de Posner pode, então, ser resumida à categoria das críticas que partem da inviabilidade de verificação empírica do critério de superioridade de Pareto. Posner ataca a teoria paretiana, afirmando que o sentido de eficiência nela proposto nunca será satisfeito na prática. Em outras palavras, tal teoria não seria útil para explicar as relações econômicas ocorridas na realidade, resumindo-se a mero modelo teórico de baixa aplicabilidade prática.

Frank Stephen elabora uma crítica tríplice ao conceito de eficiência de Pareto. A primeira crítica é feita sob o ponto de vista essencialmente metodológico, quando afirma que o critério de Pareto não é isento de valor, pois se pauta por um individualismo metodológico. Para Stephen,⁶² os julgamentos de valor em Pareto são de duas ordens:

a) com relação ao bem-estar dos indivíduos (o bem-estar social confunde-se com o bem-estar da soma dos indivíduos que compõem a sociedade);

b) o indivíduo seria o melhor juiz do seu bem-estar, e, dessa maneira, o critério de eficiência seria eminentemente subjetivo, pois fundado na concepção individual de bem-estar de cada um.

A segunda crítica levantada por Stephen diz respeito ao caráter conservador do critério de eficiência de Pareto, uma vez que, segundo a sua teoria, somente seria superior a distribuição que, julgada de acordo com a distribuição anterior, não piorasse a situação de ninguém, ainda que a pessoa que piorasse fosse muito rica, e as muitas que melhorassem fossem muito pobres. Assim, salienta Stephen, “o

⁶¹ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7th ed. Aspen, 2007. p. 13.

⁶² STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993. p. 41.

critério de Pareto é muito conservador porque muito poucas distribuições o satisfazem. É pré-disposto ao *status quo*.”⁶³

Por fim, a terceira crítica dirigida ao critério de eficiência de Pareto consiste na verificação de que somente é possível definir a situação ótima por meio da introdução de um critério de valor social, porque, a depender do critério adotado, uma distribuição poderá ser ótima ou não em relação à outra distribuição ótima anterior. Isso quer dizer que haveria um número muito grande de distribuições que atenderiam ao ótimo de Pareto. O exemplo de Stephen é o da distribuição de chocolates entre suas filhas Kate e Lucy, em que propõe o seguinte:

Se um julgamento de valor quanto ao merecimento de Kate e Lucy for acrescentado, a distribuição será superior a todas as outras. Por exemplo, se o pai julga que elas são igualmente merecedoras, a solução ótima é aquela em que ele dá 50 chocolates para cada uma. Os economistas fariam a respeito disto como a função de imposição do bem-estar social, a qual tem uma preferência por distribuições igualitárias. Por outro lado, se o pai for insensato, ele poderá dar a uma delas duas vezes mais do que à outra, em sua função de bem-estar social: 2/3 da caixa para uma e 1/3 para a outra. Esta distribuição maximizará o bem-estar, dando origem à função de bem-estar social imposta pelo pai.

O ponto aqui é que um único ótimo (ou *optimum optimorum*) foi conseguido, somente por julgamento de valor quanto ao relativo merecimento dos membros da sociedade. O critério de Pareto reluta em fazer isso, deixando-nos impossibilitados de escolher entre um número infinito de distribuições ótimas de Pareto.⁶⁴

Como se vê, Stephen afirma que somente é possível escolher qual distribuição é ótima introduzindo-se um critério de valor social, e que Pareto reluta contra a introdução desse critério, admitindo, com isso, que existam simultaneamente várias soluções ótimas para a distribuição de recursos escassos entre usos concorrentes. A solução proposta por Stephen seria a introdução de um critério de valor (social ou axiológico), para que, a partir dele, fosse possível escolher o *optimum optimorum* (o ótimo definitivo ou ótimo dos ótimos). Essa mesma crítica é feita por Daniel Goldberg, quando examina o problema, conforme foi proposto por Amartya Sen. Goldberg afirma que o problema para o qual aponta Sen é que há vários ótimos de Pareto possíveis, correspondentes a cada distribuição inicial de recursos. Assim, o problema fundamental consistiria justamente em tomar ou não a

⁶³ STEPHEN, Frank H., 1993, op. cit. p. 41.

⁶⁴ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993. p. 42.

distribuição inicial como “dada”.⁶⁵ A depender da distribuição inicial dos recursos escassos, o ótimo sempre variaria.

Uma terceira crítica, feita por Ronald Coase, não diretamente a Pareto, mas sim a Arthur Cecil Pigou, pode ser muito proveitosa para a compreensão das falhas do critério de Pareto, que norteou, durante anos, as políticas econômicas executadas pelo Estado de Bem-Estar. Ao estudar o problema do custo social, Ronald Coase⁶⁶ propõe a análise dos danos causados pelas atividades econômicas em uma abordagem de reciprocidade (o que ele denomina de *the reciprocal nature of the problem* – a natureza recíproca do problema).

Partindo do pressuposto de que em um sistema produtivo não existem direitos absolutos (ou, desconsiderando que haja uma situação inicial “dada”), a pergunta proposta por Coase é a seguinte: a A é permitido prejudicar B, ou a B é permitido prejudicar A? A resposta de Coase é que não importa a quem é permitido prejudicar quem, mas sim que se deve evitar a solução que conduza ao maior prejuízo total. Desse modo, pouco importa se o direito de A ou de B foi acolhido ou violado. O que importa, sob o aspecto econômico, é a adoção da solução que maximize a riqueza total. Logo, o que se deve ter em conta é a eficiência.⁶⁷

É óbvio que Coase está preocupado com a maximização da riqueza total (social), ao afirmar que o principal problema na distribuição dos ônus de produção de riquezas é evitar o maior prejuízo, embora ele não use diretamente a expressão *maximization of wealth*, que seria utilizado posteriormente por Posner.

⁶⁵ GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 29.

⁶⁶ COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press. Oct. 1960, v. 3.

⁶⁷ Textualmente, a proposição inicial de Coase é a seguinte: The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is How should we restrain A? But it is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would be to inflict harm on A. The real question that has to be decided is, should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm. In: COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press. Oct. 1960, v. 3, p. 96. Tradução livre: “A abordagem tradicional tem tendido a obscurecer a natureza da escolha que tem de ser feita. A questão é geralmente pensada como uma em que A impõe prejuízo a B, e o que deve ser decidido é como reprimir A? Mas isso está errado. Nós estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o dano de B pode ser impor um prejuízo a A. A real questão que deve ser decidida é, poderia ser permitido a A prejudicar B, ou poderia ser permitido a B prejudicar A? O problema é evitar o prejuízo mais sério [maior].”

Mais adiante, ao finalizar sua proposição, Coase admite expressamente que os fatores de produção devem ser entendidos como direitos (o direito de prejudicar alguém inclusive)⁶⁸ e, desse modo, o custo do exercício de um direito corresponde sempre à perda que é suportada por alguém em decorrência do exercício daquele direito.⁶⁹

Assim, a ideia de que possa haver ganho sem perda fica afastada, uma vez que o custo do exercício de um direito corresponde sempre à perda que é suportada por alguém em consequência do exercício daquele direito. Em um sistema de mercado, não é possível ganho sem perda (ao menos, perda hipotética), pois o ganho deve ser exercido por meio de um direito a que corresponde um custo para alguém, seja esse alguém o próprio titular do direito exercido, seja um terceiro. Por isso, o custo do exercício do direito corresponderá sempre a uma perda para alguém. Essa descrição do arranjo correspondente entre os ganhos e as perdas em um sistema de mercado é muito mais próxima da realidade do que a teoria de Pareto, que preconiza um ganho sem perda, o que dificilmente poderá verificar-se na realidade fática.

Por isso, a teoria da eficiência de Pareto não pode ser adotada como matriz teórica para o estudo da legitimidade das decisões do Cade no atual estágio de desenvolvimento do Direito brasileiro, admitindo-se que a busca pela maximização da riqueza coletiva não pode ficar atrelada à verificação quase impraticável de um critério de eficiência que não é possível observar na realidade econômica, já que é igualmente certo que, em um mundo onde os recursos são escassos, todo o ganho corresponde a uma perda hipotética, atual ou futura, individualizável ou difusa. Em parâmetros mais próximos da realidade, o que importa para a satisfação de um critério de eficiência não é a inexistência de perdas, mas sim a capacidade de ressarcimento hipotético que os ganhadores tenham em relação aos perdedores: se

⁶⁸ Coase diz que “Se os fatores de produção forem concebidos como direitos, tornar-se-á mais fácil entender que o direito de fazer alguma coisa que tenha um efeito prejudicial (como a emissão de fumaça, barulho, cheiros, etc.) é também um fator de produção.” COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press. Oct. 1960, v. 3, p.155. (Tradução livre).

⁶⁹ COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press. Oct. 1960, v. 3, p.155. “O custo de exercer um direito (de usar um fator de produção) é sempre a perda que é sofrida em outro lugar em consequência do exercício daquele direito – a possibilidade de cruzar um terreno, de estacionar um carro, de construir uma casa, de apreciar uma vista, de ter paz e tranquilidade, ou de respirar ar limpo.” (Tradução livre).

os ganhos totais forem maiores que as perdas totais, haverá maximização da riqueza para a sociedade.

Em um país em desenvolvimento como o Brasil, revela-se mais do que necessária a implantação de políticas econômicas pelo Estado, por meio do Direito antitruste inclusive. Defende-se a implantação de mecanismos jurídico-político-econômicos para a maximização da riqueza coletiva no Estado Democrático de Direito. É nesse sentido que a teoria paretiana não pode ser aproveitada, porque é uma teoria que está longe de explicar os fatos econômicos concretos, e, ainda, porque é uma teoria conservadora que não se presta à maximização continuada da riqueza coletiva e está predisposta à manutenção da distribuição inicial dos recursos (distribuição “dada”).

Destarte, diante das críticas feitas a Pareto, é possível concluir pela refutação da sua teoria em um mundo complexo onde os recursos são escassos e distribuídos segundo os mecanismos de mercado, devendo-se adotar uma teoria capaz de explicar melhor o funcionamento do mercado e da vinculação das decisões do Cade com a política econômica.

3.4.3 O teorema da eficiência de Nicholas Kaldor e John Richard Hicks

Se a teoria da eficiência segundo Pareto não se presta a uma análise coerente do caso, porque pressupõe ganhos sem perda (o que não se verifica na vida real), então uma teoria que pudesse responder melhor aos anseios da comunidade científica certamente seria aquela que previsse a possibilidade de ganhos e perdas considerados sob uma perspectiva dinâmica.

Uma teoria que admite essa possibilidade é a proposta por Nicholas Kaldor e John Richard Hicks (teoria da eficiência dinâmica). Segundo essa teoria, uma transação (negociação) seria eficiente se os ganhadores pudessem, hipoteticamente, ressarcir os perdedores e, ainda assim, melhorar a sua posição inicial. A eficiência, na teoria de Kaldor-Hicks, cinge-se à maximização da riqueza total (social), devendo-se, portanto, considerar as perdas totais e os benefícios totais envolvidos, e não apenas a posição das partes diretamente envolvidas. Quando os benefícios totais superam as perdas totais, a nova distribuição de recursos escassos entre seus usos concorrentes será a mais eficiente, devendo ser implementada

mesmo a despeito da perda sofrida por alguém (terceiros ou os próprios participantes da transação).

Ao analisar a teoria da eficiência dinâmica, Posner⁷⁰ afirma que o que importa não é a inexistência de prejuízos (eles podem existir e, em geral, sempre existirão). O que importa de fato é maximização da riqueza total, de sorte que os ganhadores possam, ainda que hipoteticamente, compensar os perdedores. Se os ganhadores não puderem compensar os perdedores e melhorar a sua própria posição inicial, a decisão foi ineficiente, diminuindo da riqueza total (social).

O teorema de Kaldor-Hicks foi sintetizado nas palavras de Stephen, que afirma que, na eficiência dinâmica, a proposta para uma mudança na economia deve ser levada a termo, se aqueles que tiveram sua situação melhorada por essa mudança puderem compensar os que tiveram sua situação piorada por essa mudança, para que estes fiquem tão bem como antes da mudança (em seu próprio julgamento), e os primeiros fiquem em melhor situação (em seu próprio julgamento).⁷¹

É de se observar com cuidado que a expressão “melhoria potencial” possui um significado muito específico no teorema de Kaldor-Hicks, deixando claro que o ressarcimento direto dos ganhadores aos perdedores não deve ocorrer. A maximização da riqueza coletiva significa o aumento do valor agregado⁷² dos recursos escassos, e não a sua distribuição entre os membros da comunidade nem tampouco o aumento da utilidade de tais recursos, porque, se houvesse o direito ao correlato ressarcimento dos perdedores pelos ganhadores, satisfeito estaria o critério do superior de Pareto. Haveria, pois, ganho sem perda efetiva. Essa é a conclusão a

⁷⁰ Exemplificando a teoria de Kaldor-Hicks, Posner propõe o seguinte exemplo: “No conceito menos austero [rígido] da eficiência que se usa neste livro – chamado de conceito de Kaldor-Hicks ou de maximização da riqueza –, se A valoriza o adorno de madeira em \$50, e B, em \$120, com um preço de venda de 100 (de fato, com qualquer preço entre \$50 e \$120), a transação geraria um benefício total de \$70 – com um preço de \$100, por exemplo, A se considera \$50 melhor, enquanto que B se considera \$20 melhor –, haveria uma transação eficiente, sempre que o dano causado (se há algum) a terceiros (menos os benefícios que lhes são conferidos) não exceda de \$70. A transação só seria superior, no sentido de Pareto, se A e B compensassem efetivamente os terceiros pelos danos que lhes causaram. O conceito de Kaldor-Hicks também recebe o nome de potencial de Pareto: os ganhadores poderiam compensar os perdedores, ainda que não o façam efetivamente.” (Tradução livre).

⁷¹ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 55.

⁷² O valor agregado deve ser considerado como a soma do ganho dos consumidores e dos produtores, ou seja, o aumento do valor total dos bens.

que chega Stephen, ao analisar o teorema de Kaldor-Hicks, quando assim se manifesta:

Entretanto, o critério não exige que tal “compensação” seja paga realmente: é uma compensação hipotética. Se tal compensação fosse paga de fato, ninguém pioraria de situação, mas alguns melhorariam de situação. Assim, a mudança satisfaria o critério de Pareto: daí o termo melhoria *potencial* de Pareto.⁷³

Uma abordagem do tipo da proposta por Kaldor-Hicks possui maior vantagem para a explicação científica dos fenômenos econômicos do que o limitado conceito de eficiência de Pareto, que é de difícil verificação empírica. Por isso, partindo-se do pressuposto de que não é possível ganho sem perda, o teorema da eficiência, segundo Kaldor-Hicks, é o mais apropriado para uma abordagem dos fenômenos de mercado e, por consequência, para o regramento jurídico da concorrência.

Explicando a preferência pelo critério de Kaldor-Hicks no que se refere à regulação das políticas econômicas, Kip Viscusi afirma que um parâmetro alternativo, geralmente aceito na microeconomia aplicada, é o princípio da compensação, cuja ideia básica é a de que, se os “ganhadores” de alguma mudança política puderem, em princípio, compensar os “perdedores”, de modo que todo mundo fique em uma melhor condição relativamente à situação inicialmente dada, então esta será uma mudança desejável economicamente. Note-se que a compensação atual [real] dos perdedores não é requerida. Se fosse requerida, é claro, isso satisfaria o critério de Pareto.⁷⁴

Como se percebe, a eficiência em Kaldor-Hicks significa melhoria do ótimo de Pareto.⁷⁵ Significa, assim, que é possível melhorar mesmo quando a nova distribuição de recursos implicar perdas, desde que tais perdas possam ser hipotética ou potencialmente ressarcidas pelos agentes econômicos que tiveram a sua situação melhorada. Nesse ponto, é possível identificar um *plus* econômico com a nova distribuição de recursos, capaz de melhor satisfazer, potencialmente, as necessidades humanas.

⁷³ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 55.

⁷⁴ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2000. p. 76.

⁷⁵ STEPHEN, Frank H. 1993, op. cit. p. 58.

O incremento da riqueza total (agregada) nas transações ou distribuições de recursos é que apontaria, teoricamente, para o que Posner chama de maximização da riqueza social. O aumento do valor total (e tenha-se aqui em mente o conceito de valor em Posner, que significa o quanto se pagaria por um bem – *willingness to pay*) dos recursos em dada sociedade é que gera a maximização de sua riqueza.

3.4.4 Conclusões acerca das teorias de Pareto e Kaldor-Hicks

Como se afirmou aqui, os teoremas de Pareto e de Kaldor-Hicks tomam sempre por base um princípio de eficiência como melhoria de uma situação inicialmente dada. Partindo dessa situação inicial, ambas as teorias tentarão uma alternativa de melhoria alocativa, ou uma nova forma de alocar recursos, de modo a maximizar a riqueza total.

Na teoria do superior de Pareto, o que se busca é a melhoria para alguns, sem perda para outros, até que se chegue a uma situação que já não pode ser mais melhorada sem que haja algum prejudicado (ótimo de Pareto). Quando se atinge uma distribuição com eficiência ótima, já não é mais possível uma nova distribuição que lhe seja superior, pois, certamente, haverá prejuízo para alguém, a não ser que esse prejuízo seja efetivamente compensado pelos ganhadores com a nova mudança.

Toda a tradição paretiana está vinculada à Economia do Bem-Estar (*Economics of Welfare*), e, por isso mesmo, sua preocupação central não é o valor, mas sim a utilidade. Dessa forma, por um lado, os critérios de superioridade e de optimalidade de Pareto não se prestam, em geral, para as teorizações da Análise Econômica do Direito, que, abstraída de um valor utilitarista, busca a maximização da riqueza (valor entendido como disposição de pagar – *willingness to pay*), e não o bem-estar propriamente da sociedade. O bem-estar poderá vir em uma fase posterior, depois de maximizada a riqueza total, por mecanismos distributivos que deverão considerar aspectos valorativos (axiológicos).

Por outro lado, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks sempre permite a maximização da riqueza social (aumento do valor total dos recursos de uma sociedade) de modo desvinculado de um critério retórico de valor cunhado pelas

correntes filosóficas do utilitarismo. Assim, a maximização da riqueza pode acontecer, mesmo que, para isso, seja necessário incorrer em perdas (que alguém piores, no sentido de Pareto), desde que a riqueza total (social) aumente.

A medição do aumento de riqueza em Pareto é realizada por meio da constatação de que alguém melhorou, e ninguém piorou, em virtude da mudança na alocação inicial dos recursos. Já em Kaldor-Hicks, a medição do aumento da riqueza total pode ser verificada por um critério diverso: que os ganhadores (que tiveram a sua condição inicial melhorada) possam compensar hipoteticamente os perdedores. Se isso ocorrer, é porque houve o aumento da riqueza total (ou social).

Resumindo as vantagens do critério de eficiência de Kaldor-Hicks em relação ao critério de Pareto, João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷⁶ mostra que os três pontos de superioridade teórica residem, primeiro, na idoneidade do critério de Kaldor-Hicks para a explicação dos fenômenos ocorridos na realidade, em segundo lugar, no afastamento dos cálculos interpessoais de utilidade e, em terceiro lugar, na viabilidade de separação da problemática econômica (aumento da riqueza social) da problemática política (de distribuição da riqueza).

É possível concluir que, segundo Pareto, pode haver ganho sem perda, quando, em uma nova distribuição de recursos, alguém melhorar e ninguém piorar, em relação ao estado original de onde partiu a mudança na economia. A eficiência em Pareto apresenta-se com grandes limitações, sendo de difícil verificação empírica, como já se afirmou aqui. O critério de eficiência segundo Kaldor-Hicks apresenta-se muito mais abrangente, pois supera a teoria do ótimo de Pareto, para permitir a constatação da maximização da riqueza total (social), mesmo quando ocorrerem perdas. Essa teoria, portanto, possui uma capacidade maior de prever os fenômenos reais ocorridos na dinâmica concreta da economia. No Direito da Concorrência, a aplicação da teoria da eficiência dinâmica permitiu grandes avanços no estabelecimento das decisões de casos concretos.

⁷⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 77.

3.4.5 A teoria da maximização da riqueza social de Richard Posner e suas principais críticas

Posner parte de três pressupostos importantes para o desenvolvimento de sua teoria. São eles:

a) na ausência dos custos de transação, o mercado é o melhor mecanismo para a distribuição de recursos escassos entre usos concorrentes, não importando a quem sejam atribuídos inicialmente os direitos sobre tais recursos (Teorema de Coase);

b) nem sempre os custos de transação são baixos ou inexistentes, impedindo assim a distribuição mais eficiente dos recursos;

c) quando os custos de transação são proibitivos, os direitos devem ser concedidos àqueles que mais os valorizem (Proposição de Posner).⁷⁷

A primeira premissa de Posner pode ser explicada da seguinte maneira: em um mercado onde exista plena concorrência, os recursos tendem a ser distribuídos (adquiridos) por aqueles que mais os valorizem, ou seja, pelos agentes econômicos que estejam dispostos a pagar a maior quantidade de dinheiro por tais bens. Assim, na dinâmica das trocas em um mercado da livre concorrência, os bens sempre atingirão o maior valor⁷⁸ possível que lhes possa ser atribuído. Desse modo, em uma negociação livre de custos de transação, ou naquela em que os custos de transação forem pequenos, sempre será possível maximizar riqueza, o que satisfaz o critério de eficiência do teorema de Coase.⁷⁹

A segunda premissa se assenta na constatação empírica de que, muitas vezes, existem custos de transação elevados (ou proibitivos), e por isso não será possível o funcionamento da dinâmica do mercado de livre concorrência. Tal fato impedirá as transações econômicas para que os recursos sejam alocados com

⁷⁷ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993. p. 56.

⁷⁸ Lembre-se mais uma vez de que o conceito de valor para Posner não significa aquele proveniente da utilidade do bem (o seu valor de uso), mas sim o seu valor de troca em um sistema de mercado, ou seja, a quantidade de dinheiro que alguém esteja disposto a pagar por tal bem ou, se já o possui, a quantidade de dinheiro que pede para dele se desfazer. Veja-se POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 7th ed. Aspen, 2007. p. 10.

⁷⁹ Note-se que até mesmo a aplicação das normas antitruste deveria ser, na concepção de Posner, medida em relação à eficiência econômica. Assim, nos casos em que a intervenção antitruste seja menos eficiente do que a solução de mercado, não devem ser aplicadas as normas de proteção da concorrência, já que a intervenção seria ineficiente.

quem lhes dá o maior valor (quem tem a maior disposição a pagar). Haverá, assim, impedimento de uma eficiente alocação de recursos. Nesses casos, por exemplo, estaria legitimada, a princípio, a intervenção estatal, por meio do antitruste inclusive.

A terceira premissa da tese da eficiência em Posner é a afirmação de que, quando os custos de transação prejudicam a livre negociação entre agentes econômicos que disputam a propriedade de recursos escassos, o Direito deverá intervir de modo a regular a disputa, simulando um ambiente de livre mercado, ou seja, concedendo os recursos a quem mais os valorize (quem esteja disposto a pagar o maior preço).

Toda a articulação das teses fundamentais de Posner gravita em torno do conceito de eficiência entendido como distribuição de recursos, tendente a lhes aumentar o valor.⁸⁰ Esse aumento intencional do valor dos recursos por meio de uma distribuição eficiente é que vai sinalizar o que Posner chama de maximização da riqueza social ou da riqueza total. O incremento da riqueza social pode então ser medido por um critério numérico, já que valor deve ser medido em relação à “disposição para pagar”,⁸¹ e não conforme a utilidade (que se vincula a uma análise subjetiva típica do utilitarismo).

Uma vez que, para Posner, a maximização da riqueza social (pela eficiência) é o objetivo maior do Direito,⁸² este passa a ser um mecanismo de aplicação de normas eficientes, de normas que possam gerar resultados eficientes ou normas para a maximização da riqueza total.⁸³ Com isso, Posner desvincula a ideia de justiça de um fundamento metafísico ou transcendente, eliminando a pesada carga retórica que acompanha a palavra justiça. Afirma o autor, expressamente, que uma das acepções da palavra justiça, e talvez a mais usual, é a de eficiência. A justiça fica dessacralizada, ou desmitificada em Posner, já que sua existência pode ser esclarecida em termos científicos e discursivos (não mais em fundamentos

⁸⁰ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 7th ed. Aspen, 2007. p. 11.

⁸¹ A expressão em inglês é *willingness-to-pay* (disposição de pagar, em um sentido literal).

⁸² Posner afirma especificamente que o Common Law tende sempre para a solução mais eficiente, ou, pelo menos, para a aplicação da norma mais eficiente, rejeitando as normas que geram resultados ineficientes. Veja-se, a respeito, POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 7th ed. Aspen, 2007. p. 256-259; POSNER, Richard. *Wealth maximization and judicial decision making*. In: *International Review of Law and Economics*, 1984, v. 4. Para crítica dessa teoria, veja-se PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 52-58.

⁸³ Veja-se, no Capítulo 4, item 4.2, as proposições de Hans-Bernd Schäfer e Francesco Denozza.

transcendentais e metafísicos) e pode ser medida ou constatada empiricamente por meio da medição do aumento de valor ou da maximização da riqueza social.

Nesse ponto, percebe-se que a visão fornecida pela Análise Econômica do Direito parte de um enfoque consequencialista. As normas jurídicas não são mais analisadas sob o prisma deontológico, mas sim em razão de suas consequências concretas, os seus efeitos na sociedade. Inaugura-se, pois, uma abordagem consequencialista, e não mais metafísica do Direito, abrindo caminho para as mais variadas especulações, para os interessantes contributos das vertentes welfaristas inclusive.⁸⁴

Para Posner, em um mundo onde os recursos são escassos, desperdício deve ser considerado algo injusto e imoral. Como a eficiência é o oposto do desperdício (ou, a ineficiência é sinônimo de desperdício de riqueza), qualquer um concordaria que eficiência pode ser concebida como justiça.⁸⁵

Essa visão de justiça como eficiência é capaz de aproximar os estudiosos do Direito de um significado prático de justiça, isto é, de um modo de operacionalização da justiça pelo Direito, em uma base pragmática consequencialista, e não mais em bases deontológicas.⁸⁶

Estudando a ideia de eficiência como maximização de riqueza proposta por Posner, Guiomar Estrella⁸⁷ também entende que os conceitos de eficiência e riqueza estão no núcleo da teoria da justiça desenvolvida por Posner, já que, para esse autor, a eficiência seria o resultado da maximização do valor, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem, medido (o valor) pela agregada intenção do consumidor, de pagar pelos mesmos bens. Assim, haveria eficiência quando se atingisse o valor máximo proposto pelo

⁸⁴ Sobre a vertente welfarista e suas potenciais limitações, ver SILVA, Leandro Novais e. A análise econômica do direito e a vertente welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 23, p. 109-140, Jul/set. 2008.

⁸⁵ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 7th ed. Aspen, 2007. p. 27.

⁸⁶ Há, contudo, que se chamar a atenção para o fato de que a visão consequencialista nada mais é do que um desdobramento do realismo jurídico, cujas bases epistemológicas e científicas já vêm sendo bastante criticadas. Chama-se a atenção para o fato de que nem toda teoria da Justiça é essencialmente deontológica. A regra de universalização de Kant, por exemplo, abstrai-se de questões metafísicas e leva a ética e a moral a serem observadas sob o ponto de vista das consequências da conduta humana. Por isso, a conduta ética em Kant é aquela que possa ser universalizada sem desagregar o todo social.

⁸⁷ FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 37.

vendedor, comparado ao valor máximo que se tem a intenção de pagar – havendo, portanto, o maior ganho possível para ambas as partes. Assim, afirma Guiomar Estrella que Posner está absolutamente convicto da “[...] natureza econômica da relação entre direito e moral”. De onde assumir a eficiência, que se traduz por maximização da riqueza, a força de um *valor em si*; mais do que isso, “[...] o *valor social* máximo, cuja realização assegura a eficiência da sociedade e de suas instituições, entre elas o Judiciário.”

Mais adiante, Guiomar Estrella apresenta uma síntese das diversas críticas dirigidas à teoria da eficiência de Posner, citando em especial as críticas de Ronald Dworkin:

Dworkin, na mesma linha (op. cit., p. 237) afirma: “A sociedade maximiza sua riqueza quando todos os recursos dessa sociedade estão de tal forma distribuídos que a soma dessas valorizações individuais seja a mais alta possível.”

[...]

Em outro artigo – *Why efficiency?* – (Por que eficiência?), publicado na coletânea *Law, Economics and Philosophy* (Direito, Economia e Filosofia) (cujo subtítulo é *Uma resposta aos professores Calabresi e Posner*), Ronald Dworkin (1983, p. 123) afirma: “O professor Posner acredita que as agências do governo, e particularmente as cortes, poderiam tomar decisões políticas de tal forma que se obtivesse a maximização da riqueza.”

Nesse artigo, em que responde ao escrito de Posner intitulado “Utilitarismo, Economia e Teoria Jurídica”, Dworkin (1979) afirma que Posner procura demonstrar, não como anteriormente, que a sociedade como um todo procuraria em cada decisão política a maximização da riqueza social.

Nessa linha de raciocínio, Dworkin (op. cit., 240) conclui: “A riqueza social pode ser entendida não como um componente, mas um instrumento de valor. Aumentos na riqueza social não são valorizáveis em si próprios, mas valorizáveis porque eles podem produzir outros incrementos, que são valorizáveis em si próprios.”⁸⁸

Nesse ponto, é de grande pertinência a crítica de Dworkin, uma vez que o que se busca, relativamente à justiça no paradigma do Estado Democrático de Direito, não é a riqueza social *per se* (considerando que ela não possui valor em si mesma), mas sim os benefícios que poderão ser gerados, a partir de tal maximização. É, portanto, a satisfação de direitos e garantias fundamentais, que, na democracia, estão indissociavelmente ligados ao padrão constitucional de justiça e dignidade da pessoa humana.

⁸⁸ FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 48 e 50.

O diagnóstico de Dworkin assemelha-se muito ao raciocínio de que o dinheiro, por si, nada vale, é simples pedaço de papel como qualquer outro. O que vale no dinheiro, no entanto, é a sua capacidade de compra, o seu poder de troca por bens que possuem em si mesmo algum valor ou utilidade para o homem. O mesmo se passa com a maximização da riqueza total (ou social), já que essa riqueza originada em processos de negociações ou distribuições eficientes não teria, a seu ver, uma correspondência direta com a justiça.

Ao que tudo indica, a crítica de Dworkin não pode ser considerada uma crítica radical, mas sim uma crítica parcial da teoria de Posner. Ela não afirma que a eficiência para a maximização da riqueza coletiva seja algo indesejável ou destituído de fundamento jurídico, mas limita-se à verificação de que não é possível reduzir a justiça a um critério de eficiência. Essa crítica pode não ser bem fundamentada, uma vez que o próprio Posner reconhece pelo menos três acepções de justiça e deixa claro que a justiça não está confinada à eficiência, porém a eficiência é uma ferramenta importante para a consecução da justiça.⁸⁹

A crítica de Dworkin, todavia, ainda que possa ser tomada como uma crítica parcial e não frontal, deve ser levada em consideração. Afinal, a maximização da riqueza social não pode ser um fim em si mesmo, mas sim um meio para se atingir outros objetivos que, de certo modo, podem depender do aumento da riqueza.

Evidentemente, as preocupações com a distribuição e a eficiente alocação desse plus de riqueza social (eficiência de Kaldor-Hicks) não podem ser ignoradas. Se o próprio Posner reconhece, a partir de uma justificativa de que o incremento da riqueza total significa maiores chances de satisfação das necessidades humanas (utilidade ou maior felicidade),⁹⁰ é preciso então averiguar o que vem a ser riqueza coletiva no Estado Democrático de Direito, superando-se o liberalismo de Posner, para que se possa fazer o aproveitamento de sua teoria no paradigma democrático brasileiro.

Ao adotar o teorema de Kaldor-Hicks como fundamento teórico da eficiência, Posner permite a compreensão de que a justiça muitas vezes pode ser realizada por meio da eficiência, ainda que a eficiência não seja um critério único e

⁸⁹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 7th ed. Aspen, 2007. p. 27.

⁹⁰ POSNER, Richard, 2007, op. cit. p.13.

inquestionável. A aplicação do princípio da eficiência e suas relações com a efetivação da justiça no Direito da Concorrência é de grande importância, e certamente permite a realização de análises mais profundas e mais específicas dos casos concretos submetidos a julgamento. Uma vez, porém, que a escolha da solução eficiente pelo julgador não é uma escolha despida de valor (o Cade precisa escolher que bem jurídico maximizar em suas decisões – inclusive a própria eficiência), necessário se torna introduzir um outro princípio capaz de auxiliar o julgador em tal escolha. Abre-se assim caminho para a aplicação do princípio da economicidade, que buscará não apenas a eficiência econômica como regra de maximização de riqueza, mas auxiliará o Cade no estabelecimento de qual (ou quais) valor (bem jurídico) deve ser privilegiado na solução do caso concreto.

3.5 O princípio da economicidade no Estado Democrático de Direito

Uma vez verificada a necessidade da aplicação de políticas econômicas para o resgate da legitimidade plena das decisões do Cade, é preciso examinar com mais profundidade a mola mestra das políticas econômicas que, no Estado Democrático de Direito, constitui-se pelo princípio da economicidade.

O termo "economicidade" apresenta significados diversos, de acordo com o contexto em que é empregado. Para a correta identificação de seu significado e de sua função nesta tese, deve-se realizar uma escolha do contexto em que a palavra economicidade será empregada.

Para melhor esclarecimento do que se entende por economicidade, há que se analisar inicialmente sua origem etimológica, para depois se passar ao estudo de seu emprego nos diversos ramos do conhecimento, aprofundando-se, por conseguinte, o estudo de sua função na linguagem do jurista, em geral, e, por fim, apreendendo o seu conteúdo e sua função específicos no Direito Econômico.

3.5.1 O sentido etimológico da palavra economicidade

A palavra “economicidade”, neologismo derivado da palavra “econômico” (do latim *oeconomicu* e do grego *oikos + nomoi* => ecos + nomos = economia, ou ciência da administração do lar), está catalogada no *Novo Dicionário Aurélio da*

língua Portuguesa,⁹¹ significando: “Qualidade do que é econômico.” O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* dá tratamento parecido ao vocábulo: “s.f. economicidade. qualidade daquilo que é econômico. 2 ECON JUR relação entre custo e benefício a ser observada na atividade pública. ETIM econômico + -i- + -dade.”⁹²

A partir da simples análise etimológica e dos significados literais do vocábulo "economicidade", não é possível abstrair uma conceituação segura para o termo, especialmente diante dos variados significados que assume em cada subsistema linguístico em que é empregado.

Em um primeiro momento, "economicidade" apresenta-se como uma variação da palavra "econômico" ou mesmo do verbete "economia", remetendo-se a sua raiz grega, que reflete a ideia de atividade de administrar a casa, ou melhor, o lar (*oikós*), sem se esquecer do significado filosófico que apresenta a economia como a ciência de administração da escassez. Na língua portuguesa, de um modo geral, "economicidade" refere-se à qualidade do que é econômico, ficando próxima de uma adjetivação de um substantivo, constituindo, portanto, um neologismo.

De qualquer maneira, o termo fica vinculado a uma ideia básica de economia, podendo ser esta tomada no sentido de Ciência Econômica, que se destina ao estudo dos atos e dos fatos econômicos ou da administração de recursos escassos. A partir de tal abordagem, é possível fazer a primeira vinculação da economicidade com o Direito Econômico, já que este seria, no entendimento de Washington Peluso Albino de Souza, um conjunto de normas de conteúdo econômico que tem por objetivo assegurar a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica.⁹³

3.5.2 A economicidade nos diversos campos do conhecimento

O termo "economicidade" não tem sido empregado exclusivamente em Direito e em Economia. A palavra vem sendo utilizada nas ciências gerenciais de um modo

⁹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 617.

⁹² HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1097.

⁹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 23.

geral e, em especial, na Ciência da Administração e em Ciências Contábeis. Também em outros campos do conhecimento, como na Medicina Veterinária (por mais inusitado que possa parecer à primeira vista), o termo tem sido empregado, ainda que com pequena frequência.⁹⁴

Em regra, a referência à economicidade é feita tomando-se por base a ideia de custo e benefício, isto é, uma relação custo-benefício que vise à maximização da riqueza. O emprego do termo é bastante variado, referindo-se por vezes às técnicas de gestão empresarial e, em outros casos, à qualidade de uma opção racional do consumidor, como princípio geral de uma atividade econômica, e, por fim, como o atributo de uma empresa.

Segundo o *Dicionário de Contabilidade*, de Antônio Lopes de Sá,⁹⁵ economicidade é a “Capacidade da empresa em sobreviver no tempo mantendo o seu patrimônio ou ampliando o mesmo, cumprindo seus objetivos.”. O conceito é bastante específico e dotado de uma carga ideológica forte, apresentando a economicidade como uma qualidade da empresa como agente econômico em um mercado de livre concorrência. Nas Ciências Contábeis, pode-se dizer que há um certo consenso para a definição do termo como a qualidade de perpetuação da empresa pela exploração racional de seu objeto.

Na Ciência Econômica, o termo "economicidade" apresenta significado mais genérico. No dizer de Arthur Seldom e F. G. Pennance,⁹⁶ a economicidade é a “tendência à economia”. Nesse sentido, a definição do termo torna-se muito mais complexa, uma vez que a palavra "economia" também possui múltiplos significados. De maneira geral, a economicidade, na Ciência Econômica, está ligada à ideia de boa administração de recursos escassos, de lucro e, por consequência, da adequação ótima entre os custos suportados e os benefícios auferidos, sejam eles de cunho empresarial, de cunho estatal, sejam eles como satisfação individual, o

⁹⁴ Veja-se a respeito: CEZAR, Ivo Martins; EUCLIDES FILHO, Kepler. *Novilho precoce: reflexos na eficiência e economicidade do sistema de produção*. Disponível em: <<http://www.cnpqc.embrapa.br/publicacoes/doc/doc66/>>. Acesso em: 26 de junho de 2012.

⁹⁵ SÁ, Antônio Lopes de; SÁ, Ana M. Lopes de. *Dicionário de Contabilidade*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1994. p.180.

⁹⁶ SELDOM, Arthur; PENNANCE, F. G. *Dicionário de Economia*. 4. ed. Tradução de Nelson de Vincenzi. Rio de Janeiro: Bloch, 1983. p. 175.

que remete à expressão “linha de maior vantagem” já, há muito, utilizada por Washington Albino Peluso de Souza.⁹⁷

No campo da Ciência da Administração, a ideia de economicidade apresenta contornos muito similares aos apontados na Ciência Econômica. Merece especial atenção a lembrança de que Henry Ford, apoiado nos princípios da Administração Científica proposta Frederick Winslow Taylor,⁹⁸ designava genericamente por "economicidade" a estratégia de diminuir ao mínimo o volume de estoque da matéria-prima em transformação, possibilitando assim o faturamento da mercadoria industrializada antes de se tornar exigível o pagamento de tal matéria-prima. Isso geraria uma maximização do capital circulante de curto prazo, liberando recursos para serem aplicados diretamente na linha de produção.

Finalmente, deve-se fazer referência aos escritos de Richard Posner que, em seu artigo *Wealth maximization and judicial decision making*,⁹⁹ trabalha a ideia de eficiência na alocação inicial de direitos como critério de justiça nas decisões judiciais. Na ótica da Análise Econômica do Direito, em especial em sua vertente vinculada à Escola de Chicago, a eficiência passa a ser vista não mais como simples relação custo-benefício individual. Após as severas críticas de Guido Calabresi e Ronald Dworkin, entre outros, o pensamento de Chicago foi reelaborado, chegando à ideia de eficiência sistêmica, ou ganho de eficiência para o sistema, com vista à maximização da riqueza social.

Apesar de não utilizar diretamente a palavra "economicidade", a Análise Econômica do Direito traz importantes contribuições para a significação de tal princípio. É importante a lição de Ronald Coase acerca da consideração dos efeitos das decisões judiciais, avaliados como eficiência econômica. Coase afirma que o problema que os tribunais devem enfrentar no julgamento de condutas que possuem efeitos danosos não é o de simplesmente reprimir a conduta dos responsáveis por tais danos, mas definir se o ganho de prevenir o dano é maior que a perda que poderá ser sofrida por outrem como resultado de paralisação da atividade (econômica) causadora do dano. Coase afirma textualmente que “Em um

⁹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 32.

⁹⁸ TAYLOR, Frederick Winslow. *Princípios de administração científica*. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

⁹⁹ POSNER, Richard. *Wealth maximization and judicial decision making*. In: *International Review of Law and Economics*, V. 4, p. 130, 1984.

mundo em que há custos para rearranjar os direitos estabelecidos pela ordem legal, os tribunais, nos casos relacionados com incômodos, estão, de fato, tomando uma decisão do problema econômico e determinando como os recursos devem ser empregados.”.¹⁰⁰

Desenvolvendo esse raciocínio seminal, a maior parte dos teóricos da Escola de Chicago entende que a eficiência na alocação dos direitos pelos Tribunais significaria um critério para a implementação de justiça no caso concreto, aproximando-se da ideia de economicidade genericamente proposta. Quanto mais eficiente a decisão estatal para reordenar o estabelecimento dos direitos delimitados pelo sistema legal (determinar juridicamente a sua ótima alocação), maior seria a vantagem de tal decisão para a coletividade, ainda que uma das partes fosse momentaneamente prejudicada pela outra, uma vez que a decisão maximizaria a riqueza total ou agregada da sociedade.

3.5.3 A economicidade na Ciência do Direito

Em relação à caracterização geral do conceito de economicidade, mister se faz averiguar, ainda que de forma panorâmica, a sua aplicação específica na Ciência do Direito.

De Plácido e Silva, em seu *Vocabulário Jurídico*,¹⁰¹ conceitua economicidade como “[...] a relação entre custo e benefício a ser observada na atividade pública, posta como princípio para o controle da Administração Pública – CF, art. 70.”. No âmbito jurídico, nota-se que a economicidade se apresenta como princípio de ordem constitucional, que informa a atividade da Administração Pública.

No Direito positivo, encontra-se o termo "economicidade" empregado expressamente no art. 70 da Constituição da República, com o significado de constituir um dos critérios para a fiscalização econômico-financeira da Administração Pública, afigurando-se, também, como requisito de validade para a prática de atos que envolvam as finanças e o patrimônio público.

¹⁰⁰ COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press, v. 3, p. 150, Oct. 1960.

¹⁰¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 14 .ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 293.

Analisando-se esse dispositivo legal, seria possível concluir que "economicidade" significaria tão somente a "medida do econômico". Porém, uma interpretação sistemática do art. 70 com os arts. 1º, 3º, 170 e 174 da Constituição da República conduz a uma reflexão mais profunda.

No Direito Constitucional, a economicidade desponta como princípio jurídico, por meio do qual serão auditados os resultados econômico-financeiros da atuação do Estado e dos particulares incumbidos da gestão e do uso de recursos públicos, implicando necessariamente o cotejo dos custos econômicos com os benefícios sociais advindos da atuação estatal, seja ela na modalidade de regulação, seja na de fiscalização, seja no planejamento econômico-financeiro. Interessante notar que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato detém legitimidade para provocar o controle de economicidade da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do § 2º do art. 74 da Constituição da República. Essa abertura de legitimação concorrente para o controle dos atos do Estado revela a elevada importância da economicidade na gestão da coisa pública.

No Direito Administrativo, o princípio da economicidade é apontado por Régis Fernandes de Oliveira como relação custo-benefício. Afirma esse autor que o controle de economicidade significa indagar se a Administração adotou a melhor proposta para a efetuação da despesa pública. Em outros termos, se a escolha do administrador foi a melhor e mais ampla, para se chegar à despesa, e se tal despesa foi calculada em relação à modicidade, na melhor linha de custo-benefício.¹⁰²

Creditando à economicidade a busca do lucro social, Fernando Rezende disserta sobre a natureza político-econômica das despesas públicas, diferenciando-as das despesas (e investimentos) privados. Afirma que, no caso da atuação do Estado, deve o administrador buscar a melhor relação custo-benefício para a alocação dos recursos públicos, porém não como simples busca do lucro econômico, mas sim da maximização do valor da diferença entre benefícios e custos sociais.¹⁰³

¹⁰² OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estêvão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 94.

¹⁰³ REZENDE, Fernando. *Finanças públicas*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 111. A mesma linha de raciocínio é defendida por Ricardo Lobo Torres, para quem o "conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça." Implica a "[...] eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de

Em obra especializada sobre o princípio da economicidade no Direito Administrativo, Paulo Soares Bugarin reconhece expressamente a distinção entre o sentido de economicidade no Direito Administrativo e o seu sentido no Direito Econômico.¹⁰⁴

Reconhecida pelos próprios administrativistas a distinção entre os sentidos do princípio constitucional da economicidade no Direito Econômico e no Direito Administrativo, resta examinar com cautela a significação da economicidade naquele campo da Ciência Jurídica.

3.5.4 A economicidade no Direito Econômico

Após a verificação do sentido e do significado do termo "economicidade" em diversos ramos do conhecimento e no Direito Constitucional e no Administrativo, torna-se necessário analisar a sua significação no âmbito específico do Direito Econômico.

Primeiramente, apresentara-se-á uma breve exposição sobre as diferentes acepções do princípio da economicidade no Direito Econômico português, no italiano e no brasileiro. Posteriormente, serão abordadas as principais linhas teóricas de desenvolvimento do princípio da economicidade no Direito brasileiro.

Luís Cabral de Moncada, ao discorrer sobre o princípio da economicidade no Direito lusitano, identifica-o com a ideia de lucratividade da empresa pública. Para esse autor, a economicidade estaria estreitamente ligada à ideia de adequação entre as receitas e as despesas das empresas públicas: "O princípio da economicidade

custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação". Por fim, conclui que é "sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas.". TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Rio de Janeiro: *Revista do TCE/RJ*, nº 22, jul. p. 37-44, 1991.

¹⁰⁴ Bugarin informa que "O vocábulo economicidade se vincula, finalisticamente, no plano da ciência econômica e da teoria geral da administração, à ideia fundamental de desempenho qualitativo. Trata-se da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. O vocábulo economicidade, por outro lado, comporta, do ponto de vista doutrinário jurídico-constitucional, uma dualidade de enfoques: a) um enfoque centrado no direito constitucional econômico e b) um enfoque centrado no direito constitucional financeiro, mas especificamente, no plano do controle externo da Administração Pública." BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p.114.

exige o lucro empresarial, ou seja, o excedente. Os preços praticados pela empresa devem ser, pois, superiores ao custo.”¹⁰⁵

No mesmo sentido é o entendimento de J. Simões Patrício,¹⁰⁶ para quem a economicidade objetivada pela empresa pública estaria consubstanciada no seu intuito lucrativo, mediante a minimização dos seus custos e a maximização de sua eficácia estabelecida no chamado “planeamento econômico” português.

Ao analisar comparativamente o ordenamento constitucional português e o brasileiro, Isabel Vaz¹⁰⁷ relembra, fazendo remissões a Manuel Afonso Vaz, que o lucro da empresa pública portuguesa está necessariamente vinculado aos seus fins sociais, orientados pelo planejamento econômico. A ideia de economicidade em Portugal desprende-se do mero lucro financeiro da empresa pública, para se projetar na satisfação das finalidades sociais de que as empresas públicas estão incumbidas. A boa gestão de tais empresas, como também a boa administração dos recursos públicos de modo geral, não fica restrita à obtenção de um superávit das contas governamentais. Antes, é orientada pela economicidade, de modo que sejam atingidas as finalidades sociais da atuação estatal na economia.

No Direito taliano, o princípio da economicidade vai ganhar outros contornos, em especial nas obras de Giuseppe Marcon e de Di Nardi. Para Marcon,¹⁰⁸ a economicidade teria um duplo enfoque, significando tanto a busca do lucro pela adequação dos custos incorridos em relação aos benefícios auferidos, como também a implementação da política econômica nacional, ligando-se à ideia de lucro ou maior vantagem social. Para Di Nardi,¹⁰⁹ a economicidade (economia + valor social) significaria a economia do valor social, aduzindo-se, por conseguinte, a noção de eficiência social na atuação estatal na economia.

¹⁰⁵ CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Direito Económico*. 2.ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 205.

¹⁰⁶ PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Económico*. 2. ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1981. p. 620.

¹⁰⁷ VAZ, Isabel. *Direito Económico das Propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 256.

¹⁰⁸ MARCON, Giuseppe. Le imprese a partecipazione pubblica: finalità pubbliche ed economicità. Apud GARCIA, Roni Genicolo. As estatais e o princípio da economicidade. *Revista de Finanças Públicas*. Brasília: Secretaria de Economia e Finanças. VXLVII, nº 370, p. 70-82, abr/jun. 1987.

¹⁰⁹ DI NARDI. Apud CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 321.

Segundo Isabel Vaz,¹¹⁰ nos trabalhos desenvolvidos por Giovanni Quadri, Bruno Cavallo e Giampiero di Plinio, a noção de economicidade no Direito Italiano estaria bastante próxima da ideia de socialidade dos fins da empresa pública e de toda a atuação estatal na economia, o que aproximaria o conceito de economicidade na Itália e no Brasil.

Analisando o conceito de economicidade no Direito italiano, Rosemiro Pereira Leal afirma que o afastamento da ideia de vantagem social do conceito de lucro permite um aprofundamento da pesquisa desse princípio à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Para Leal,¹¹¹ a Constituição italiana explicitaria, de modo mais bem definido, a diferenciação da ideia de economicidade da noção ortodoxa de lucro, favorecendo ao intérprete a elaboração de um conceito de economicidade como uma espécie de fruição jurídico-econômica.

A explicitação da racionalidade econômica como meio, colada a serviço da satisfação dos direitos fundamentais, permite o desdobramento de novos campos de pesquisa para o Direito Econômico que, uma vez submetido à teoria da constitucionalidade democrática, adota como princípio fundamental a economicidade não mais em um sentido de simples lucro social, mas sim como esteira de condução das políticas econômicas sob o aspecto de maximização de riqueza, para assegurar a concretização dos direitos e das garantias fundamentais, estabelecendo-se, por conseguinte, um *standard* objetivo de dignidade.

No Direito Econômico brasileiro, o princípio da economicidade revela-se intrinsecamente ligado à atuação econômica (do Estado e do particular), que conduza a uma “linha de maior vantagem social”, como defende Washington Albino.¹¹² Note-se que, no Direito pátrio, o princípio da economicidade, em vez de estar ligado somente à atuação das empresas públicas, transcende em muito tal modalidade de atuação estatal, para se alojar nos mais diversos institutos do Direito Econômico, dos quais o planejamento econômico e o Direito da Concorrência são os que com ele maior vinculação deveriam possuir.

¹¹⁰ VAZ, Isabel, 1993, op. cit. p. 255.

¹¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico: soberania e mercado mundial*. 3.ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 26.

¹¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 34.

Há, pelo menos, três grandes correntes doutrinárias que disputam a conceituação do princípio da economicidade no Direito brasileiro:

a) os que entendem economicidade como um critério de avaliação dos atos estatais por uma relação custo-benefício;

b) os que entendem economicidade como um atributo ou qualidade da norma de Direito Econômico;

c) os que entendem a economicidade como princípio informativo do Direito Econômico.

A primeira posição é defendida pela maior parte dos administrativistas,¹¹³ como se demonstrou anteriormente. Tal corrente está vinculada à noção meramente instrumental de economicidade, que vem sendo reforçada por inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados. Partindo da exegese do art. 70 da Constituição da República e fazendo uma conjugação do princípio da economicidade com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), chegam à conclusão de que economicidade, no Direito brasileiro, só pode significar a redução de custos e o aumento de eficiência na prestação de serviços públicos, em geral, e na administração dos custos do Estado com sua atividade administrativa.

A segunda corrente foi inaugurada por Modesto Carvalhosa,¹¹⁴ que defende a ideia de que a economicidade seria um atributo ou qualidade da norma de Direito Econômico. Para tal autor, a economicidade não chagaria a ser, em si, um princípio jurídico, mas tão somente uma qualidade distintiva da norma, significando um critério de conduta econômica, juridicamente imposto ou sugerido às entidades produtivas. Essa conduta econômica, segundo Carvalhosa “[...] extravasa o mero interesse na maximalização de resultados, para inserir-se na perspectiva, orgânica e mediata, de um processo sócio-econômico (sic) racionalmente proposto.”¹¹⁵ A economicidade, na lição de Carvalhosa, ainda não atingira o conceito de princípio

¹¹³ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Rio de Janeiro: *Revista do TCE/RJ*, nº 22, jul/1991. p. 37-44. OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estêvão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

¹¹⁴ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

¹¹⁵ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros, 1973, op. cit., p. 327.

jurídico, o que só será plenamente desenvolvido na doutrina de Washington Peluso Albino de Souza. Aquele jurista, porém, já percebe com nitidez a distinção entre maximização de riqueza e organização racional de um processo socioeconômico. Em outros termos, já se encontra em Carvalhosa alguma inclinação para o estudo mais aprofundando da economicidade em sua função de conciliação da quantidade de bens com a qualidade de vida, na busca de uma linha de “maior vantagem social”.

A terceira corrente que se propõe ao estudo da economicidade no Direito brasileiro é aquela inaugurada por Washington Peluso Albino de Souza, em meados de 1950, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Para esse autor, a economicidade estaria consagrada como princípio jurídico de base, servindo de alicerce para a construção teórica de todo o Direito Econômico.

Em sua obra pioneira, *Do Econômico nas Constituições Vigentes*,¹¹⁶ Washington Albino inicia as cogitações rudimentares que viriam a corroborar a formulação do princípio da economicidade como base do Direito Econômico, afastando-se da ideia da mera racionalidade econômica instrumental restrita à análise do custo-benefício da atuação do Estado. Os estudos desse autor demonstram uma tentativa de superação da ideia de economicidade como simples adequação da ação estatal na relação custo-benefício, passando a estudar a economicidade sob o prisma mais profundo de princípio orientador da racionalidade econômica do Direito Econômico.

Como desdobramento dos estudos de Washington Peluso, João Bosco Leopoldino da Fonseca entende que o princípio da economicidade, no Direito Econômico, desempenharia a função de critério que condiciona as escolhas que o Estado deve fazer constantemente, a fim de relacionar os meios e ampliar os resultados almejados. Afirma o autor que “Nessas escolhas, estarão sempre presentes os critérios de quantidade e qualidade, de cujo confronto resultará o ato a ser praticado. As ações econômicas não podem tender, a nível social, somente à obtenção da maior quantidade possível de bens, mas à melhor qualidade de vida.”¹¹⁷

¹¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, 1961.

¹¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 25.

A partir da concepção da economicidade como princípio jurídico, torna-se possível a teorização de suas funções hermenêuticas, ampliando as hipóteses de sua aplicação no Direito Econômico, especialmente nos casos em que o Estado atua como agente normativo e regulador da economia, exercendo as funções de incentivo, fiscalização e planejamento da atividade econômica.

No exercício das funções de incentivo e planejamento, o princípio da economicidade vem encontrando larga aplicação, sem despertar maiores dificuldades. Quando o Estado exerce a função de fiscalização da atividade econômica, parece, porém, haver alguma restrição ou certas dificuldades na aplicação de tal princípio.

Ao que tudo indica, o Estado está mais aberto e receptivo à aplicação do princípio da economicidade quando desempenha suas funções de incentivo e de planejamento, já que a interface de tais funções com a implementação de políticas públicas (as políticas econômicas inclusive) é maior do que nos casos em que o Estado exerce a função de fiscalização. Além disso, no exercício da função de fiscalização, deve o Estado observar os direitos e as garantias do administrado, uma vez que a fiscalização poderá implicar a restrição de direitos e a imposição de sanções punitivas, fato que não ocorre, de regra, no exercício das funções de incentivo e planejamento, já que, nesses casos, o agente econômico é livre para aderir ou não aos incentivos, e o planejamento é meramente indicativo para o setor privado.

Por isso, no exercício do poder de fiscalização da atividade econômica, torna-se mais difícil lidar com os elementos valorativos típicos do princípio da economicidade, fazendo com que o Estado acabe optando por uma atuação que possa ser objetivamente apreciada.

Uma vez que o antitruste é um dos instrumentos de atuação indireta do Estado no domínio econômico, caracterizando evidente exercício da função de fiscalização estatal das atividades dos agentes econômicos (controle dos mercados por meio do controle da livre concorrência e da livre iniciativa), tem-se notado um certo acanhamento da utilização do princípio da economicidade no Direito da Concorrência. Tudo indica que os órgãos incumbidos da defesa da concorrência (os que exercem a fiscalização de condutas e de estruturas de mercado) preferem

aplicar o princípio da eficiência, a aplicar o princípio da economicidade. Essa preferência pode ser entendida, porque é muito mais fácil definir, medir e comprovar a eficiência econômica por meio de critérios objetivos e até mesmo matemáticos, do que comprovar e mensurar uma “linha de maior vantagem social” ou a “conciliação entre quantidade de bens e qualidade de vida”. Até mesmo porque a definição do que é qualidade de vida (vida boa, *eudaemonia*) depende de intenso debate entre diversos projetos existenciais, muitas vezes não conciliáveis entre si.

Nesse cenário, a defesa da eficiência é mais fácil do que a defesa da economicidade, porque aquela comporta uma avaliação objetiva que pode traduzir-se em segurança jurídica para a Administração e para os administrados. Já a economicidade não poderia, em tese, ser avaliada de forma essencialmente objetiva, pois, ao tratar dos fins (a boa vida) a serem atingidos pelo Estado, demandaria a valoração do que é bom ou ruim (desejável ou indesejável) para a sociedade. Nesse tipo de cenário, os julgadores costumam ter certo receio de realizar abertamente esse tipo de julgamento, levando em consideração os aspectos polêmicos e menos objetivos (ainda que o façam de modo implícito ou velado).

Nesta tese, porém, afirma-se que a economicidade pode ser analisada sob aspectos objetivos, e pode até mesmo ser mensurada, desde que se aceite que o ganho de economicidade ocorre quando a solução adotada se traduz na concretização de direitos e garantias fundamentais, ampliando-se, destarte, a dingidade da pessoa humana, que é a finalidade última de toda a ordem econômica brasileira. Além disso, entende-se que as políticas econômicas constitucionais – aqui compreendidas como mecanismos de densificação dos princípios, fundamentos e do objetivo maior da ordem econômica – poderiam contribuir, igualmente, para melhor aplicação do princípio da economicidade, diminuindo o grau de generalização e os riscos de interpretações subjetivas em sua aplicação. As políticas econômicas constitucionais seriam, nessa ordem de ideias, indicadores concretos para o Cade na aplicação do princípio da economicidade.

Apesar das dificuldades de aplicação prática do princípio da economicidade, entende-se que relegá-lo a segundo plano é inaceitável, já que, nessa hipótese, o Cade estaria deixando de avaliar o caso em um contexto mais largo e consentâneo com a teleologia da proteção da livre concorrência, ou seja, de acordo com os objetivos maiores da ordem econômica, que são a concretização de direitos e

garantias fundamentais e a dignidade para todos. Uma vez que a concorrência não é um fim em si mesmo, mas sim um princípio instrumental da ordem econômica, não há como o Cade deixar de considerar em seus julgamentos os aspectos de economicidade, sob pena de gerar uma espécie de hipertrofia da eficiência e uma atrofia da economicidade, fato que poderá acarretar um modelo econômico excludente e desigual.

Importa, nesse ponto, registrar que nem sempre a maior quantidade de bens resulta em melhor qualidade de vida, e, na dinâmica da sociedade, outros valores que não apenas a maximização de riqueza devem ser considerados. Assevera Rosemiro Leal que o crescimento econômico nem sempre assegura o bem-estar social, se não for acompanhado pela economicidade implementadora de direitos fundamentais, no sentido de fruição jurídico-econômica da riqueza social.¹¹⁸

Sem ignorar a significativa melhoria da economia brasileira nos últimos dez anos, chama-se a atenção para os dados constantes no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2011,¹¹⁹ elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). De acordo com esse relatório, o Produto Interno Bruto Brasileiro (PIB) alcançou a sétima posição mundial, mas o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) ocupou a 84ª posição, em razão da grande desigualdade econômica e social existente no País.

Entende-se, por isso, que há razões práticas e não meramente teóricas para que o princípio da economicidade passe a ser aplicado de modo mais intenso e sistemático nas análises antitruste. Não se quer dizer com isso que o Direito da Concorrência seja o único ou o principal responsável pela correção das desigualdades e pela melhoria do IDH, mas, certamente, ao influenciar os rumos da economia nacional, especialmente no julgamento de atos de concentração econômica de grande repercussão, o Direito Antitruste poderia contribuir, a seu

¹¹⁸ Para Leal, “A operacionalidade econômica promovida no Estado, estabeleceria, pelo Direito Econômico, o **nexo** Estado-Indivíduo à busca da fruição jurídico-econômica pela “garantia da qualidade de vida do homem como motivo fundamental da **linha de maior vantagem, da economicidade**, engastada nos juízos de valor.”¹¹⁸ (Destques no original). LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico: soberania e mercado mundial*. 3. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.102-118.

¹¹⁹ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, relatório detalhado. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>. Acesso em 7 de dezembro de 2012.

modo, para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, com maior dignidade para todos.

4 CONTRIBUIÇÕES E LIMITAÇÕES DO ENFOQUE METODOLÓGICO PROPOSTO PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE DIREITO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA

Justiça e eficiência têm sido tomadas, na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, como meta-princípios ou valores maiores, que devem nortear a construção e a aplicação do Direito. A busca por uma conciliação entre eficiência e justiça tem despertado indagações científicas e também de ordem prática de difícil solução, a ponto de o jurista, diante de um caso concreto, muitas vezes ter de se perguntar qual dentre tais princípios deve ser otimizado:¹²⁰ justiça ou eficiência. A mesma pergunta também deve ser feita pelo legislador nos processos de construção das normas jurídicas, porque, muitas vezes, o ideal de uma justiça perfeita pode não coincidir com a necessidade de eficiência para a regulação jurídica de determinada questão.

Os aportes teóricos fornecidos pela Análise Econômica do Direito, em especial no que diz respeito ao desenvolvimento do princípio da eficiência, representam importante contribuição científica para o estabelecimento de lineamentos gerais para a aplicação dos princípios da justiça e da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Este capítulo tem por objetivo analisar, por meio de breves apontamentos de direito comparado, a concepção atualmente adotada, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, no que diz respeito ao embate (ainda que aparente) entre eficiência e justiça. Para tanto, serão apresentadas as características fundamentais das principais vertentes da Análise Econômica do Direito, partindo-se dos Estados Unidos da América e passando pelo pensamento europeu, a fim de estabelecer lineamentos gerais que possam ser aproveitados na consideração de políticas econômicas como fator de legitimidade das decisões em matéria antitruste.

¹²⁰ Entende-se, com apoio em Robert Alexy, mas sem descurar das várias e relevantes críticas a seu pensamento, que os princípios podem ser considerados como **mandados de otimização**, passíveis de aplicação em diversos graus, na maior medida possível, de modo a não entrar em colisão uns com os outros. Por isso, diante da realidade concreta, deverá o julgador escolher o princípio a ser otimizado (aplicado em maior grau) na solução do caso concreto, sem, contudo, eliminar a aplicação do outro princípio em jogo. Sobre o conceito de princípios como mandados de otimização, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87 e seguintes.

Neste capítulo, pretende-se lançar algumas contribuições para o esclarecimento da importância que a Análise Econômica do Direito tem em relação à maximização da riqueza e da qualidade de vida da população brasileira, sem que seja descartada a ideia de justiça, que é o objetivo maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Direito e Economia são ciências que se propõem a estudar a conduta humana. No Direito, a conduta humana é estudada sob a perspectiva do “dever ser”. Em outros termos, faz-se referência a uma ação prescrita (relação de imputação normativa), de acordo com os valores (sociais, políticos, econômicos, culturais) plasmados na norma jurídica. Por outro lado, na Economia, a conduta humana é analisada sob o aspecto preponderantemente fático (relação de causalidade). Trata-se, assim, de uma análise do mundo do ser e não do “dever ser”. A ponte de ligação entre o Direito e a Economia consiste, pois, na apreciação da conduta humana.

A Análise Econômica do Direito tem por finalidade estudar, a partir da racionalidade econômica, a formação (criação) e aplicação (efetividade) do Direito.¹²¹ Para desempenhar seu papel, a análise econômica terá de fornecer ao Direito elementos para sua valoração, terá de fazer referências à conduta humana, analisada sob o prisma da Economia.

O desenvolvimento da Análise Econômica do Direito e as contribuições lançadas sobre a Ciência Jurídica são indiscutíveis, tendo efetivamente despertado a curiosidade e o respeito de diversos juristas de tradição da denominada *Civil Law*, em especial, de juristas continentais europeus e de juristas latino-americanos.

Os autores divergem quanto às origens da Análise Econômica do Direito, sendo que uma corrente francamente minoritária entende que as primeiras cogitações da Análise Econômica do Direito teriam surgido com os trabalhos de Karl Marx e Friedrich Engels, apontados como os primeiros estudiosos das relações entre Direito e Economia, passando, em seguida, por Pasukanis, Stucka, Ceroni e outros juristas socialistas, o que teria propiciado a construção de uma teoria

¹²¹ ALPA, Guido. *A Análise econômica na perspectiva do jurista*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 7.

marxista-socialista da Análise Econômica do Direito, segundo Guiomar Estrella Fraia.¹²²

A maior parte dos especialistas, todavia, aponta para os trabalhos de Ronald Coase, do início da década de 1960,¹²³ seguidos de estudos de Guido Calabresi¹²⁴ e da primeira edição da obra *Economic analysis of law*, de Richard Posner, de 1971, nos Estados Unidos da América, como a origem da atual Análise Econômica do Direito.

No artigo *Crime and punishment: an economic approach*,¹²⁵ fundamental para a expansão da Análise Econômica do Direito para a seara criminal, Gary Becker afirma que os primeiros estudos relativamente sistematizados das consequências e da eficiência das normas e das decisões jurídicas podem ser vistas, desde o século XVIII, nos escritos de Cesare de Beccaria e, no século XIX, nos estudos de criminologia de Jeremy Bentham. Uma das ideias centrais de Beccaria era a de que a certeza da aplicação da penalidade teria mais impacto na prevenção dos delitos do que a severidade das penas.¹²⁶ Defendia também a necessidade de se fazer um cálculo econômico abreviado, para averiguar a proporcionalidade das penas à gravidade dos delitos, como meio de tornar o sistema penal (visto como um conjunto de normas de desincentivos aos comportamentos ilegais) mais eficiente como um todo na prevenção dos crimes. Bentham¹²⁷ também analisou a economia das penas, ressaltando que, quanto menos provável fosse a aplicação de uma punição, mais gravosa deveria ser, para desestimular a prática do delito. Esse autor também afirmou que a punição deveria sempre exceder as vantagens do ilícito, de modo que o potencial infrator pudesse calcular e entender que os benefícios de sua conduta seriam sempre inferiores às perdas impostas pela sanção.

¹²² FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

¹²³ COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Press. v. 3, Oct. 1960.

¹²⁴ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, March, 1970.

¹²⁵ BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n.º 1, p. 169-217, Jan-Feb. 1968.

¹²⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹²⁷ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984.

Entende-se, assim, que os rudimentos do que viria a se chamar Análise Econômica do Direito são tão antigos quanto o cálculo econômico abreviado, feito pelo homem, na qualidade de ser pressupostamente racional e maximizador do seu bem-estar. A Economia Política, ao se debruçar sobre o estudo do fenômeno econômico como fruto das decisões individuais e das decisões da sociedade, de modo geral, abriu caminho efetivo para a correlação entre Direito e Economia, já que esta última ciência passou a se interessar pelo comportamento humano. Uma vez que o Direito se volta para o estudo das normas que regem o comportamento humano e a Economia Política e preocupa-se com os efeitos de tal comportamento, abriu-se a porta para o encontro entre Direito e Economia. Entende-se, contudo, que a sistematização da Análise Econômica do Direito, como método para se pensar e aplicar o Direito, é mais recente, e pode mesmo ser identificada com os estudos de Coase, Posner e Calabresi.

No atual estágio de desenvolvimento, a Análise Econômica do Direito possui duas grandes vertentes (a positiva e a normativa), e cada uma dessas vertentes se ramificou em três tendências básicas: a AED comportamental, a AED normativa e a AED neoinstitucionalista. Mesmo dentro dessas tendências, é possível verificar várias correntes heterogêneas, como é o caso da conservadora, ligada à Escola de Chicago, a liberal-reformista, da Escola de Yale e, especialmente, de Guido Calabresi, Polinsky, Ackermann, Korhnhauser, o da *public choice*, de James McGill Buchanan e Gordon Tullok, a da Teoria dos Jogos, a do behaviorismo (economia comportamental) e, mais recentemente, a da *neuroeconomics*,¹²⁸ que propõe estudos interdisciplinares de economia e neurologia para analisar até que ponto funções cerebrais afetam a razão e a emoção durante nos processos de escolhas humanas. Por isso, quando se fala em Análise Econômica do Direito, é preciso ter em mente que não se trata de uma única escola, mas sim de um movimento maior dentro do pensamento jurídico atual.

¹²⁸ Sobre o tema, que é bastante atual e controverso, ver CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George; PRELEC, Drazen. Neuroeconomics. How neuroscience can inform economics. In: *Journal of Economic Literature*, v. XLIII, p. 9-64, March, 2005.

4.1 As principais correntes norte-americanas da Análise Econômica do Direito

Sob o ponto de vista histórico, nos anos 70 e início da década de 80, a Análise Econômica do Direito chegou a ser cogitada, de certa forma, como uma teoria de renovação da tradicional Ciência do Direito, já bastante desgastada pelo infrutífero duelo travado entre os jusracionalistas tardios e os positivistas e normativistas kleseneanos e neokantianos. A Análise Econômica do Direito, em suas proposições iniciais, pode ser classificada como um dos ramos do realismo jurídico.

Extrapolando o aspecto da análise do fato econômico, para assentar-se sobre o prisma da valoração econômica da conduta humana, a Análise Econômica do Direito inaugurou as bases de um novo modo de pensar o Direito, as relações sociais e o próprio homem. É sobre as bases da noção de racionalidade econômica que se concentrará a formulação da Análise Econômica do Direito como instrumento jurídico a serviço da justiça e da eficiência. A apreciação do valor econômico nas relações jurídicas surge como novo método para o estudo do Direito, a partir de uma lógica consequencialista. Parte, assim, da análise e do julgamento de valor dos efeitos concretos da regulação jurídica na vida social, rompendo com uma visão excessivamente deontológica do Direito.

No início da década de 1960, nos Estados Unidos da América, surge uma nova abordagem para os velhos problemas, envolvendo a Economia e o Direito. Fruto do grave descontentamento teórico e prático com a intervenção estatal na economia, anunciando os últimos suspiros do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) e de seu aparato keynesiano, em 1960, Ronald Coase lança sua ácida crítica à tradição pigouviana da economia do bem-estar de matriz paretiana.

Em seu artigo intitulado *The problem of social cost*,¹²⁹ Coase apresentou os argumentos decisivos para a revisão da postura do Estado diante da economia e, em especial, do papel do Poder Judiciário diante dos conflitos envolvendo a análise de atividades econômicas capazes de gerar externalidades negativas sobre o meio social.

Analisando a natureza recíproca do problema (*the reciprocal nature of the problem*), Coase explicitou a verdadeira pergunta que deve ser respondida nos

¹²⁹ COASE, Ronald. The firm, the market and the law. Chapter five, reprinted from *The Journal of Law & Economics*. University of Chicago Press: Chicago, v. 3, Oct. 1960.

casos de dano (*harmful effects*): a quem deverá ser permitido causar dano a outrem. A resposta vem imediatamente: o que se deve evitar é o prejuízo maior, ou seja, na escolha entre dois prejuízos (natureza recíproca da questão conflituosa), dever-se-á optar sempre pelo menor deles. Estudando diversas decisões judiciais envolvendo casos polêmicos, Coase introduz a noção de custos de transação no arranjo jurídico do conflito, para então prosseguir, fazendo severa crítica à economia do bem-estar de Pigou¹³⁰ (que ignorava os custos de atuação do Estado) e, por fim, coroar seu raciocínio com o seu teorema dos custos de transação e eficiência na alocação dos recursos, conhecido como Teorema de Coase.

O Teorema de Coase pode ser assim resumido: em um sistema em que os custos de transação são insignificantes, qualquer distribuição inicial dos recursos possibilitará uma solução eficiente, já que as interações entre os agentes econômicos poderão ocorrer sem custos de transação. Em um sistema em que os custos de transação são significativos, ou proibitivos, porém, os recursos devem ser alocados nos seus usos mais eficientes, já que, do contrário, não serão tais recursos transacionados pelos agentes econômicos diante dos altos custos de transação. Nesse segundo cenário, deve o julgador buscar a solução que possibilite sejam os recursos alocados e utilizados da maneira mais eficiente, pois, com isso, a riqueza social será maximizada. O grande papel a ser desempenhado pelo julgador consistiria em recriar a solução mais eficiente, que Coase entende seja aquela que seria adotada pelo mercado, caso os custos de transação não fossem significativos.

Desenvolvendo o raciocínio de Coase, vários economistas e juristas, em especial aqueles vinculados à Escola de Chicago, passaram a identificar a eficiência como o mais importante princípio a reger o estabelecimento e a aplicação das normas jurídicas. A resposta aos escritos de Coase veio com as teorias da distribuição dos riscos da responsabilidade civil, de Guido Calabresi,¹³¹ que vê na eficiência um princípio jurídico importante, mas não superior ao princípio da justiça. Nesse sentido, importante contribuição científica foi gerada pela Escola de Yale, capitaneada por Calabresi e seus alunos.

¹³⁰ PIGOU, A. C. *The Economics of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan & Co. 1950.

¹³¹ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*. Yale. V. 70, n. 4, March, 1970.

Apesar das diferentes abordagens metodológicas, porém, praticamente todas as correntes da Análise Econômica do Direito têm em comum a ideia de que os custos e os benefícios devem ser levados em consideração na atuação do Poder Judiciário. Além disso, somada a essa ideia, a teoria de distribuição de riscos e custos parece ter colaborado para a construção de um novo tipo de racionalidade decisória: a racionalidade econômica, ou a razão de medir os custos e os benefícios, ou o sacrifício e o prazer (Epicuro) ou ainda a felicidade e a dor (Jeremy Bentham), afastando-se inicialmente as ideias jusnaturalistas do justo (ou injusto) e as ideias normativistas formais (dogma da validade e eficácia de Kelsen).

Assim, a “medida do econômico” começa a se explicitar de forma mais contundente, merecendo o elogio da racionalidade. É trazida para o Direito a racionalidade econômica, que, aliada ao individualismo metodológico e ao conceito de *homo oeconomicus*, possibilita a teorização completa de uma Análise Econômica do Direito. Esses seriam os três pontos fundamentais da Análise Econômica do Direito: o individualismo metodológico, a concepção do homem como ser que orienta racionalmente suas escolhas para maximizar os seus interesses (bem-estar, felicidade, boa vida) e a capacidade de as teorias econômicas explicarem de modo empiricamente satisfatório o comportamento humano, possibilitando o estabelecimento de regras e a previsão de seus efeitos concretos quando aplicadas.¹³² Ainda que tais pressupostos sejam questionáveis, as explicações propostas pela Análise Econômica do Direito têm-se relevado empiricamente comprováveis em um grande número de casos.

4.2. Uma visão da Análise Econômica no Direito Europeu

No tópico anterior, foram apresentadas as principais proposições da Análise Econômica do Direito em termos gerais, com bastante foco nas contribuições do Direito americano. Uma visão, ainda que breve, do atual estágio de desenvolvimento da Análise Econômica do Direito na Europa certamente poderá contribuir para a construção de um modelo para a Análise Econômica no Brasil.

¹³² LALAGUNA, Paloma Durán y. *Una aproximación al análisis económico del Derecho*. Granada: Comares, 1992. p. 77.

No consagrado *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (Manual de Análise Econômica do Direito Civil), Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott afirmam que nem toda norma eficiente é justa, mas toda norma ineficiente é necessariamente injusta, já que as normas jurídicas que levam a situações generalizadas e duradouras de ineficiência econômica são injustas, pois prejudicam a todos.¹³³

Aprofundando essa linha de raciocínio, Schäfer e Ott argumentam que a Análise Econômica do Direito se preocupa com o estudo das normas jurídicas sob o ponto de vista de sua eficiência. Em outros termos, a Análise Econômica do Direito tem como ponto fundamental a verificação dos efeitos concretos produzidos pela aplicação das normas. Por se tratar de uma análise de eficiência, ressaltam que a preocupação central da AED consiste justamente em saber como evitar, por meio de um sistema normativo, o desperdício de recursos escassos e a maximização de tais recursos. Consideram como legítima e necessária tarefa do jurista analisar em que medida a regulamentação jurídica impede o desperdício de recursos e aumenta a eficiência. Por isso, para tais autores as concepções de eficiência e justiça seriam, de certo modo, similares, já que “[...] evitar o desperdício é uma obrigação de justiça e que a eficiência e a justiça podem coincidir em determinados momentos.”¹³⁴

Desse modo, o papel da Análise Econômica do Direito consiste justamente em analisar a eficiência das normas jurídicas que compõem o ordenamento, de modo que as mesmas sejam direcionadas a produzir maior eficiência econômica.

Outro autor europeu bastante citado é o italiano Francesco Denozza, que argumenta que a eficiência das normas jurídicas consiste na indagação central das temáticas desenvolvidas pela Análise Econômica do Direito, prevalecendo, em tal campo, as preocupações mais ligadas à eficiência do que propriamente à justiça.¹³⁵

No Direito português, importante contribuição é oferecida por Fernando Araújo, professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que tem procurado demonstrar que certos institutos jurídicos do *Civil Law* podem ser tão

¹³³ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991. p. 17.

¹³⁴ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus, 1991, op. cit, p. 17.

¹³⁵ DENOZZA, Francesco. *Norme Efficienti – L’analisi economica delle regole giuridiche*. Milano: Giuffrè Editore, 2002. p. 2. “O tema da eficiência das normas, entendido de uma forma distinta e, eventualmente, também contraposta à justiça está no centro da elaboração da Análise Econômica do Direito. [...] A análise econômica do direito tem como objetivo a elaboração de regras para garantir a realização das transações, ou seja, as trocas e as atribuições de recursos que são capazes de maximizar o bem-estar geral.” (Tradução livre).

eficientes quanto os do *Common Law*, ou até mais eficientes, fazendo uma crítica muito pertinente à proposição da “eficiência do *Common Law*”, defendida por Posner.

No estudo dos contratos, Fernando Araújo afirma que a Análise Econômica do Direito teria importantes contribuições a oferecer, especialmente ao alertar o jurista para o fato de que, quando os custos de transação forem altos ou proibitivos para o estabelecimento de uma solução consensual (transacional), o Direito deverá desempenhar uma análise de eficiência capaz de reduzir os custos de transação ou distribuir os recursos na sua alocação mais eficiente.¹³⁶ Araújo também ressalta que a Análise Econômica do Direito é apenas mais uma ferramenta à disposição do jurista, já que o Direito analisa os atos e os fatos sob o prisma do justo, e a Economia analisa esses mesmos fatos sob a ótica do ótimo econômico. Nessa perspectiva, salienta o autor que o Direito (especialmente a atividade do julgador) analisa o fato passado, isto é, o fato já ocorrido, ao passo que a Economia, além de analisar o fato sob a perspectiva do passado, também desempenha uma função prospectiva, apontando para soluções futuras e não necessariamente para fatos já passados.¹³⁷

Estudando-se os trabalhos de Análise Econômica do Direito sob a visão europeia, percebe-se claramente como a tradição da *Civil Law* marca o ponto de vista dos autores “continentais”, preocupando-se centralmente com a análise de eficiência da norma jurídica, ou do ordenamento jurídico como um todo. Já a versão norte-americana da Análise Econômica do Direito, em especial nos trabalhos desenvolvidos pela Escola de Chicago e por Richard Posner, aponta para uma outra preocupação central, tipicamente de *Common Law*, qual seja, a análise de eficiência da solução para o caso concreto, ficando em segundo plano a análise da eficiência da norma jurídica em si.

O que as duas versões da Análise Econômica do Direito (a americana e a europeia) têm em comum, porém, é justamente a preocupação central com a eficiência, com uma regra de maximização de riqueza coletiva.

¹³⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 201.

¹³⁷ ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 20-22.

Assim, seja na tradição da Civil Law, seja na tradição do Common Law, o ponto em comum da Análise Econômica do Direito consiste basicamente em análises do tipo “custos *versus* benefícios”, seja da norma jurídica em si, seja da solução (muitas vezes consuetudinária ou jurisprudencial) dada para o caso. No final das contas, o que se busca é evitar o desperdício e maximizar a riqueza, por meio da alocação e do uso eficiente dos recursos escassos.

Tendo em vista que o Brasil se filia à tradição da Civil Law, as contribuições da visão europeia, centradas na análise de eficiência das normas jurídicas, são também aproveitáveis, levando-se em conta que todo o ordenamento jurídico brasileiro está jungido ao princípio da reserva legal ou da legalidade estrita, sendo regulada juridicamente por meio de normas postas (leis, em sentido lato) toda e qualquer conduta relevante para o Direito. A análise comparativa da doutrina norte-americana e europeia revela-se extremamente útil e proveitosa para a construção de uma linha hermenêutica adequada para a compreensão de como a Análise Econômica do Direito poderia ser mais intensamente aplicada no Brasil.

Eficiência e justiça não são princípios ou valores antagônicos. Antes, justiça e eficiência são princípios complementares e, na maior parte dos casos, interdependentes. Em uma sociedade em que os recursos são escassos, o desperdício é imoral e injusto, e a eficiência quase sempre poderá apontar para a construção ou para a aplicação da norma mais justa, ou para a adoção da solução mais justa para o caso concreto. Muito embora possam existir, em certos casos, antagonismos entre eficiência e justiça, uma visão paradigmática da eficiência, pautada nos princípios democráticos da Constituição da República, poderá fornecer uma solução justa e eficiente, para ser aquela que maximiza a riqueza social para os brasileiros, podendo-se, a partir de então, pensar-se em uma aplicação da Análise Econômica do Direito mais adequada à realidade brasileira.

4.3 A riqueza social no paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro

A questão que deve ser agora enfrentada, ao se estabelecer que a justiça pode ser atingida por meio da eficiência, ratificando as proposições da Análise

Econômica do Direito e de uma visão consequencialista do Direito, é saber o que significa a riqueza social no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Essa temática talvez seja uma das mais fundamentais para o Direito Econômico na atualidade. O que se tentará fazer, sem pretensões de completude ou de definitividade, é explicar o que pode ser considerado riqueza social no atual paradigma constitucional brasileiro, a servir de norte para a aplicação da Análise Econômica do Direito no Brasil.

Na seara do Direito da Concorrência, em especial, as contribuições da Análise Econômica do Direito são fundamentais, uma vez que o estudo do mercado e das condutas dos agentes econômicos que nele atuam depende de um correto entendimento da racionalidade (ou mesmo da irracionalidade) econômica que informa a conduta de tais agentes. Por isso, entende-se que os aportes teóricos da Análise Econômica do Direito devem ser prestigiados, especialmente a proposição de que as normas jurídicas e as decisões jurídicas devem visar à maior eficiência.

Nem sempre, contudo, a consideração da eficiência pura e simples será suficiente para um julgamento que possa efetivamente concretizar os princípios constitucionais da ordem econômica. Outros elementos diversos, concepções culturais de justiça e considerações político-econômicas deverão ser levadas em consideração, uma vez que nem mesmo a eficiência pode ser concebida como um fim em si mesmo.

A eficiência tem por objetivo a escolha do melhor meio para atingir um determinado fim, fundando-se em um esquema de raciocínio instrumental de adequação entre meios e fins. Assim, a escolha dos meios sempre dependerá de um juízo de eficiência, ou melhor, de uma regra de boa adequação entre os meios dados e os fins propostos. A eficiência, porém, somente pode contribuir instrumentalmente para a eleição ou escolha dos meios, e não para a determinação dos fins (valores finalísticos) da sociedade, já que estes dependem de julgamentos de valor, e não de simples otimização dos meios.

Uma visão consequencialista do Direito certamente tem suas virtudes, especialmente quando permite a realização de uma análise dos impactos objetivos da regulação jurídica na sociedade, sem ficar atrelada aos juízos de valor inerentes à noção de justiça. Se a visão consequencialista for também uma visão welfarista,

então a aplicação da racionalidade econômica assumirá um papel fundamental, ao apontar para as soluções mais eficientes para a maximização da riqueza social.

Em uma sociedade pluralista, multicultural e hirpecomplexa, como é o caso da sociedade brasileira, a visão welfarista permite uma vasta e muitas vezes adequada compreensão do fenômeno jurídico. Mesmo, porém, na visão welfarista, um problema persiste: o de definir o que é riqueza social. O que é riqueza? Maior quantidade de bens? Melhor qualidade de vida? Maior felicidade? Bem-estar imediato? Ou bem-estar futuro? Qual o parâmetro objetivo a ser seguido na definição de riqueza? O princípio da eficiência econômica não responde a essas indagações.¹³⁸ O que o princípio da eficiência responde é: se o fim (riqueza social) consiste na maior quantidade de bens, então os melhores meios (mais eficientes) para se atingir esse fim seria o aumento da produção e do consumo, por exemplo. Definir o que é ou não eficiente depende sempre de uma prévia eleição dos fins a serem atingidos. Mudando o fim, muda a resposta sobre os meios para atingi-lo e, por consequência, muda a definição do que é eficiente.

Identificar e conceituar o que é riqueza social, portanto, é uma tarefa relativamente difícil. Buscar uma resposta para os questionamentos aqui apresentados, a partir de uma visão sociológica ou política, não é uma tarefa a ser desempenhada unicamente pelo Direito, mas também pela Sociologia, pela Ciência Política, pela Filosofia, pela ética ou até mesmo pela metafísica.

Ao tentar responder à questão: o que é riqueza social? –, Amartya Sen propõe que tal noção deve ser analisada, a partir do desenvolvimento econômico e humano de uma sociedade. O desenvolvimento pode ser medido pelo grau de liberdade de que as pessoas ordinariamente desfrutam. Quanto maior o grau de liberdade real das pessoas, mais desenvolvida seria a sociedade.¹³⁹ Afastando-se de uma noção de desenvolvimento vinculado ao crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), do simples aumento das rendas pessoais, do grau de industrialização

¹³⁸ Não se olvida que a maximização de riqueza tem valor, valor ético inclusive, porque maior quantidade de recursos poderá render melhor distribuição entre usos concorrentes. Como afirma Leandro Novais e Silva, “É ético ter mais para distribuir.” SILVA, Leandro Novais e. *A análise econômica do direito e a vertente welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 23, p. 109-140, July/Sept. 2008.

¹³⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. Revisão técnica de Ricardo Donisseli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17 e seguintes.

ou da modernidade tecnológica de uma sociedade, Sen defende a ideia de que é na expansão das liberdades reais dos indivíduos que reside a real riqueza de uma sociedade.

A concepção de Sen é parcialmente compatível com a proposta desta tese, na medida em que o aumento das liberdades das pessoas signifique que cada qual possa tornar-se responsável e autor dos rumos de sua vida, num projeto de emancipação e de potencialização das virtudes do ser humano. Sen, porém, não oferece um conceito objetivo e juridicamente sustentável de liberdade, que constitui o elemento central de sua ideia.

Entende-se, neste trabalho, que é possível definir uma concepção normativa e objetiva do que seja a riqueza social para fins jurídicos, o que não quer dizer que essa mesma concepção seja necessariamente aceitável, sob o ponto de vista moral, ético ou filosófico. Afirma-se, então, que a concepção jurídica de riqueza social está diretamente vinculada à ideia de dignidade da pessoa humana. Para se permitir que as pessoas possam gozar de uma existência digna, torna-se indispensável a efetivação, no plano concreto, dos direitos e das garantias constitucionais, já que tais direitos e garantias permitirão que cada um se torne livre para decidir os rumos de sua vida.

Assumindo-se que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais foram construídas democraticamente, de acordo com um processo decisório aberto e equilibrado de participação dos vários segmentos da sociedade, tais normas estariam necessariamente impregnadas dos fins, objetivos e interesses da sociedade. Estariam, assim, preenchidas do conteúdo moral, ético e cultural, que aponta para o que a sociedade entende como sua riqueza social. Direto e moral seriam, então, cooriginários, teriam uma origem comum no momento de positivação do Direito, por meio do devido processo legislativo.¹⁴⁰

Transportando estas considerações para o Direito antitruste, o Cade aplicaria as normas de proteção da concorrência, visando à implementação dos princípios da ordem econômica constitucional, e estaria, assim, buscando um padrão de eficiência e de justiça comprometido com o objetivo final daquela ordem: assegurar a todos

¹⁴⁰ Sobre a cooriginariedade entre Direito e Moral, ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

existência digna por meio da maximização de riqueza, comprometida com a concretização de direitos e garantias fundamentais. Destarte, o Cade teria de apontar, sob o prisma da eficiência, a melhor solução para a concretização (realização) da ordem econômica constitucional, pois a riqueza coletiva está nela intrinsecamente contida. Não é necessário (e talvez nem mesmo possível) que o Cade tenha de fazer uma pesquisa sociocultural para definir o que é a riqueza social. Basta vincular suas decisões à implementação da ordem econômica constitucional. Para isso, terá o Cade de levar em consideração tanto os elementos de uma Constituição Econômica formal como os da Constituição Econômica material, especialmente nesse último caso, as políticas econômicas constitucionais.

O Cade, dessa forma, ao aplicar as normas de proteção e defesa da concorrência, teria como objeto imediato de tutela o valor jurídico da livre concorrência, mas, como objeto mediato, a maximização da riqueza social por meio da implementação da ordem econômica constitucional.

Essa visão que ora se apresenta também poderia ser considerada uma visão welfarista, mas não um welfarismo social ou econômico, e sim um welfarismo jurídico-constitucional. O próprio Direito (normas jurídicas, especialmente as constitucionais) aponta para o que é a riqueza que deve ser maximizada, por meio dos princípios e valores constitucionais. Por isso, ao aplicar as políticas econômicas densificadoras de tais princípios e valores constitucionais, o Cade estaria decidindo de modo eficiente. Estaria, pois, decidindo pela maximização da riqueza social comprometida com a implementação de vida digna para todos.

Assim, a riqueza social, no paradigma constitucional vigente, deixa de ser medida simplesmente pela quantidade de bens que cada indivíduo possui (ou pela quantidade de bens que a sociedade possui), para ser medida, em um primeiro momento, por meio de índices de satisfação dos direitos e das garantias fundamentais. É por meio desses direitos que se propiciará ao País condições para atingir um nível de desenvolvimento humano, que assegure a todas as pessoas capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser, no exercício da expressão de liberdade individual e de dignidade humana de cada um.

No paradigma constitucional brasileiro, a riqueza coletiva não está necessariamente ligada ao valor econômico (entendido como “disposição para

pagar” ou como “disposição para se receber”) dos bens de propriedade dos indivíduos ou mesmo da sociedade. No Estado Democrático de Direito, a riqueza social ganha conotação jurídico-política, constituindo-se, assim, no conjunto de direitos e garantias fundamentais (individuais, sociais, coletivas e difusas), previamente acertados pela Constituição, que devem ser satisfeitos, isto é, devem ser executados no plano concreto, já que constituem verdadeiros direitos de crédito de toda e qualquer pessoa.¹⁴¹ Isso é o que se propõe, nesta tese, como conceito normativo de riqueza social no paradigma democrático, uma vez que a ordem econômica foi programada, pelo art. 170 da Constituição da República, para assegurar a todos existência digna.

Por meio de políticas econômicas orientadas pelo princípio da economicidade, é possível utilizar o *plus* econômico, gerado a partir da maximização da riqueza, para se satisfazer os direitos e as garantias fundamentais e, por conseguinte, estabelecer de fato uma sociedade livre, justa e solidária, conforme determina expressamente o art. 3º, I, da Constituição da República.

No Estado Democrático de Direito, a própria Constituição já determinou um padrão mínimo de justiça econômica: o atendimento do conjunto dos direitos e das garantias fundamentais. Quando o art. 3º, I, da Constituição da República dispõe expressamente que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, logo em seguida, assegura a todos os brasileiros um extenso rol de direitos fundamentais individuais, de direitos sociais e de direitos coletivos e difusos e, por fim, coloca a ordem econômica a serviço da existência digna (art. 170), só se pode entender, em prestígio à regra de interpretação sistemática, que o primeiro *standard* de justiça se verifica pela execução (e não pelo mero reconhecimento) dos direitos constitucionalmente assegurados. É por meio da satisfação desses direitos que cada cidadão estará munido dos instrumentos mínimos para construir, como quiser (de forma tão livre quanto possível), a sua história como pessoa, em uma perspectiva de dignidade existencial.

¹⁴¹ A concepção dos direitos fundamentais com direitos de crédito a serem exercidos diante do Estado foi desenvolvida pela doutrina constitucional francesa, donde se falar em *droits-crédance* (direitos-crédito ou direito de crédito). Sobre o tema, ver VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 187 e seguintes.

Assim, um padrão mínimo de justiça estaria ligado diretamente a uma eficiente distribuição inicial de direitos. Dessa forma, minimamente, todos os cidadãos deveriam poder gozar e fruir livremente de todos os direitos que lhes são constitucionalmente atribuídos.¹⁴² Uma vez atendidos tais direitos, estabelecer-se-á um patamar de concreta isonomia entre os cidadãos. Trata-se, pois, de um justo e igual ponto de partida para todos, de sorte que cada um poderá exercer suas potencialidades próprias, de modo a se tornar seres autônomos e responsáveis pelos seus respectivos projetos de vida.¹⁴³

Assim, com a maximização da riqueza social, será possível ao Estado (por políticas econômicas fundadas no princípio da economicidade) e ao particular (por meio do desempenho das liberdades) extrair ganhos sistêmicos da atividade econômica, com vistas à satisfação dos direitos e das garantias constitucionalmente assegurados.

Uma Análise Econômica do Direito aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro não poderia ignorar essa noção de riqueza social, construída à luz da perspectiva constitucional, sob pena de servir como mero instrumento para análises especulativas meramente teóricas ou para ocultar ideologias, ao pretexto de realização de análises técnicas supostamente isentas de valor. Por isso, afirma-se que a aplicação da Análise Econômica do Direito, no caso brasileiro, deva originar-se sempre de uma contextualização que leve em consideração a real situação da economia e do Direito nacional, especialmente a partir de uma interpretação constitucional das funções jurídicas do antitruste.

¹⁴² Não se quer com isso reduzir toda e qualquer ideia de Justiça à concretização dos direitos fundamentais, porém, para uma concepção inicial, ou ponto de partida, o mínimo que se requer para a efetivação de Justiça (em uma concepção objetiva) é a satisfação dos direitos fundamentais já exigíveis na Constituição.

¹⁴³ Nesse ponto, chama-se atenção para o fato de que isonomia não pode ser confundida com igualdade. A propósito, ver LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – VirtuaJus*, ano 2, nº 1, 2003.

5 ANÁLISE DO TEMA-PROBLEMA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO: TRATAMENTO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL DA QUESTÃO NO DIREITO EUROPEU E NO DIREITO BRASILEIRO

Muito se discute, na academia e fora dela, sobre a função das normas de proteção da concorrência. Os entendimentos sobre o tema são os mais variados, cambiando de acordo com as orientações políticas, sociais e culturais presentes em cada país. Apesar das diferenças políticas, sociais e culturais, porém, parece haver certa convergência para o entendimento de que toda legislação de defesa da concorrência tem uma finalidade maior, que transcende o âmbito puro e simples da proteção do funcionamento harmônico do mercado, para se projetar na concretização dos fins socialmente desejáveis em cada época e país, para a concretização dos valores maiores que orientam as sociedades modernas.

Uma análise comparada do Direito europeu e do Direito brasileiro auxilia a compreensão de que o objetivo final do Direito antitruste não se resume pura e simplesmente à manutenção da livre concorrência, ou mesmo do incremento de eficiência dos mercados. Antes, ao que tudo indica, há um objetivo maior a ser alcançado, que vem sendo chamado, neste trabalho, de maximização da riqueza social, afirmando-se que deva acontecer por meio da aplicação do princípio da eficiência econômica e, principalmente, do princípio da economicidade, em prol do desenvolvimento econômico, social e humano dos povos.

Este capítulo parte da constatação de que tanto o art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁴⁴ quanto o art. 88 da Lei de Proteção da Concorrência brasileira adotam estrutura similar. Inicialmente, apresentam uma regra geral pela qual todo e qualquer acordo entre concorrentes, ou ato de concentração econômica, que possa implicar prejuízos à livre concorrência ou dominação de mercado é vedado. Logo em seguida, as duas normas abrem exceções. Passam a permitir a realização de certas condutas e atos de concentração que, ainda que se enquadrassem nas condições gerais de proibição

¹⁴⁴ O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia atualizou o Tratado da Comunidade Europeia (Tratado de Roma, de 1957) e entrou em vigor, na sua forma atual, com a publicação no Jornal Oficial da União Europeia em 30 de março de 2010. O antigo art. 85 do Tratado da Comunidade Europeia foi renumerado para o art. 81 pelo Tratado de Maastricht, de 1992, e, agora, novamente renumerado pelo TFUE, passando a ser o atual art. 101.

(isto é, prejudiquem a livre concorrência), recebem tratamento diferenciado, e não são considerados ilegais.

Nesse contexto, as regras de isenção devem ser entendidas como mecanismos de proteção não apenas da eficiência econômica, mas também e principalmente de outros valores sociais, políticos e culturais, que devem ser levados em consideração como formas de expressão da maximização da riqueza social.

Não se pretende, neste capítulo, exaurir toda a legislação europeia e a brasileira acerca do controle de condutas e do controle de estruturas de mercado. O que se propõe como foco é uma análise geral do instituto jurídico da livre concorrência no Brasil e na Europa, com o objetivo de analisar até que ponto, nesses ordenamentos, outros valores que não apenas a busca de eficiência e bem-estar do consumidor são considerados na análise antitruste.

Na primeira parte deste capítulo, serão estudadas, para fins de comparação, duas normas basilares de proteção da concorrência na Europa e no Brasil: o art. 101 do TFUE e o art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011.

Na segunda parte deste capítulo, serão apresentados, a título de exemplo e ilustração,¹⁴⁵ decisões proferidas em alguns casos concretos, a fim de demonstrar como as autoridades antitruste têm considerado, em certos casos, elementos de políticas econômicas, que podem ser entendidos como fatores que contribuem para maior grau de legitimidade dessas decisões. Ao final desse tópico, também serão apresentados alguns dados estatísticos que demonstram em que medida as autoridades europeias têm adotado fundamentos de política econômica para sustentar seus julgamentos. Alguns dados sobre a revisão judicial de decisões do Cade também serão analisado, ao final, demonstrando como o Poder Judiciário brasileiro tem avaliado as decisões de tal órgão, e como o Judiciário tem levado em consideração elementos não necessariamente técnico-econômicos, ao julgar processos em que se reivindica a aplicação das normas de proteção da concorrência.

¹⁴⁵ Os julgados serão analisados a título meramente exemplificativo. Assim, não se fará propriamente um estudo de casos, com metodologia quantitativa e qualitativa própria, o que seria objeto de outro estudo específico, que não constitui objetivo da tese.

5.1. Breve estudo do direito positivo comparado: análise do art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011

Uma breve retrospectiva da legislação anterior, na Europa e no Brasil, será de grande valia para a melhor compreensão da análise comparativa que se exporá adiante. Inicialmente, parte-se do art. 85 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), (Tratado de Roma, de 1957), que disciplinava as normas comunitárias de proteção da concorrência.

O art. 85 (1) do TCE criava uma regra de proibição geral de todos os acordos e decisões entre empresas e associações de empresas e de todas as práticas concertadas por agentes econômicos que fossem suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros ou de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum europeu. Os objetos de tutela imediata de tal norma eram o “comércio entre os Estados membros” e a “concorrência no mercado comum europeu”.

O art. 85 (2) cominava a pena de nulidade de pleno direito para todos os atos que se enquadrassem na descrição do art. 85 (1). O art. 85 (3) determinava que as disposições do art. 85 (1) poderiam ser declaradas inaplicáveis a certas situações, ou seja, certas condutas que, a princípio, enquadrassem-se na hipótese normativa do art. 85 (1) poderiam ser consideradas lícitas, desde que atendidas certas condições, das quais decorressem benefícios considerados mais importantes para a Comunidade Europeia do que os prejuízos causados à livre concorrência. As condições necessárias para a não aplicação do art. 85 (1) eram as seguintes:

- a) que o ato contribuísse para melhorar a produção ou distribuição de produtos;
- b) que o ato contribuísse para a promoção do progresso técnico ou econômico;
- c) que aos utilizadores (destinatários dos produtos ou dos serviços) fosse reservada uma parte equitativa do lucro decorrente do ato praticado;

d) que o ato não impusesse às empresas quaisquer restrições que não fossem indispensáveis à consecução dos objetivos propostos (adequação e proporcionalidade);

e) que o ato não permitisse aos seus praticantes a possibilidade de eliminar uma parte substancial da concorrência.

Esse dispositivo da legislação europeia serviu de inspiração para a redação do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, que tratava do controle dos atos de concentração econômica. O *caput* do art. 54 dispunha que os atos, de qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou, de alguma maneira, prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deveriam ser submetidos à apreciação do Cade, para serem aprovados ou rejeitados.

Note-se que tal artigo tratava apenas da análise de atos de concentração econômica (fusões, incorporações, aquisições, constituição de *joint ventures*, dentre outros tipos de concentração de empresas), e não da análise de condutas que pudessem configurar infração da ordem econômica (como cartéis, conluíus em licitações públicas, práticas de preço predatório, discriminação de adquirentes ou de fornecedores, açambarcamento de matérias-primas e de direitos de propriedade intelectual e industrial, venda casada, dentre outros), diferentemente do art. 85 do TCE, que abarcava, sob o mesmo tratamento, tanto os atos de concentração como as condutas de infração da ordem econômica.

O § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, permitia ao Cade autorizar os atos de concentração descritos no *caput*, mesmo que prejudicassem a livre concorrência, desde que atendessem cumulativamente a certas condições, isto é, desde que de tais atos decorressem benefícios considerados mais importantes para a sociedade do que os prejuízos causados à livre concorrência. Os benefícios necessários para a aprovação de atos de concentração econômica que pudessem prejudicar a livre concorrência, chamados na lei de “condições”, e que poderiam ser entendidos como “eficiências compensatórias”, eram os seguintes:

a) que o ato tenha por objetivo, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria de qualidade de bens ou serviços ou que propiciasse a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

b) que os benefícios decorrentes do ato fossem distribuídos, equitativamente, entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais;

c) que o ato não implicasse eliminação da concorrência em parcela substancial de mercado relevante de bens e serviços;

d) que fossem observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos almejados pelos agentes (proporcionalidade e adequação do ato aos fins colimados). Estavam então abertas as “válvulas de escape”¹⁴⁶ para a permissão de certos atos de concentração econômica que pudessem prejudicar a livre concorrência, desde que atendidas as especiais condições (eficiências contrapostas) previstas em lei.

No caso específico de atos de concentração julgados necessários por **motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum**, o § 2º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, permitia a sua aprovação, dispensando a comprovação de uma das quatro condições cumulativas previstas no § 1º. Assim, então, quando comprovadas pelo menos três das condições disciplinadas no § 1º, desde que tal ato não implicasse prejuízo ao consumidor ou ao usuário final do produto ou serviço em causa.

Da leitura do § 1º do mencionado dispositivo legal, percebe-se claramente a inspiração que recebeu do art. 85 do Tratado de Roma, já que a lei brasileira também acolheu a ideia de que, mesmo atos de concentração prejudiciais à livre concorrência poderiam ser aprovados pelo Cade, desde que os seus benefícios sociais superassem as perdas de concorrência, e que houvesse uma distribuição de parte dos benefícios aos consumidores ou aos usuários finais. Assim, nos atos de concentração potencialmente prejudiciais à livre concorrência, deveria o Cade analisar o caso sob o prisma da eficiência econômica e também sob o prisma da distributividade dos ganhos, quando da verificação de que os ganhos do ato deveriam ser equitativamente distribuídos entre os agentes da concentração e os consumidores ou os usuários finais potencialmente afetados.

A ideia central do § 2º do art. 54 da lei anterior era justamente a de que a livre concorrência, que a lei visa a proteger, não pode ser concebida como objetivo maior e final do Direito da Concorrência, mas sim como um meio ou instrumento para

¹⁴⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

assegurar os objetivos “preponderantes da economia nacional e o bem comum”. Assim, a finalidade da tutela da livre concorrência não é simplesmente a preservação da concorrência em si, tampouco a mera eficiência econômica, mas sim a maximização da riqueza social. Por riqueza social, no caso do Brasil, entende-se, como primeiro *standard*, a concretização dos direitos e das garantias constitucionais, no sentido proposto no item 4.3 do Capítulo 4 deste trabalho.

Com a revogação da Lei nº 8.884, de 1994, pela Lei nº 12.529, de 2011, que entrou em vigor em 29 de maio de 2012, a matéria tratada no art. 54 passou a ser regulada pelo art. 88 da lei em vigor. Também o Tratado de Roma, de 1957, foi objeto de sucessivas alterações por outros tratados e, atualmente, a norma do art. 85 está contida no art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), mantendo inalterada a redação original da norma (houve simples renumeração de artigos, sem alteração de conteúdo).¹⁴⁷ Na legislação brasileira, porém, não ocorreu mera transposição do texto normativo do art. 54 da lei anterior para o art. 88 da nova lei. Houve substancial alteração de conteúdo, que merece detida análise.

¹⁴⁷ Conforme publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 30.3.2010 - ePT C 83/88, o art. 101 tem a seguinte redação:

“Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no 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,
- 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 económico, 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 objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Ao tratar do controle das estruturas de mercado, impactadas pelos atos de concentração econômica, o art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, dispõe:

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

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

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

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

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

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

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

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Da leitura do desse artigo, percebem-se cinco diferenças substanciais em relação ao tratamento que era dado aos atos de concentração na forma da lei anterior. Talvez essas alterações não sejam necessariamente reflexos de uma mudança mais profunda no modo de pensar o Direito Antitruste brasileiro, eis que

muitas delas foram introduzidas no texto final do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.529, de 2011, por meio de emendas parlamentares e de alguns vetos presidenciais, que não exprimem uma vontade convergente na mudança da forma de pensar o Antitruste. Uma vez, porém, introduzidas as mudanças no direito posto, caberá aos intérpretes e aplicadores da lei realizar uma interpretação compatível de tais mudanças com o espírito geral da legislação antitruste, atendo-se, especialmente, aos seus fundamentos constitucionais.

A primeira e mais marcante mudança introduzida pela lei nova diz respeito à possibilidade de aprovação de um ato de concentração que implique eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, o que não era permitido, a princípio,¹⁴⁸ na Lei nº 8.884, de 1994. Na lei anterior, uma das condições para a aprovação de atos de concentração que gerassem prejuízos à livre concorrência era que tais atos não eliminassem parcela substancial da concorrência (art. 54, § 1º, III). A nova lei permite, ordinariamente, e não mais excepcionalmente, o contrário. Da leitura do § 5º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, vê-se que os atos que devem ser submetidos à apreciação do Cade são justamente aqueles que impliquem a eliminação da concorrência em parcela substancial de mercado relevante. O § 6º do mesmo artigo (válvula de escape) permite a aprovação dos atos vedados pelo § 5º (ou seja, de atos que impliquem eliminação de parcela substancial da concorrência), desde que presentes as “eficiências compensatórias”.

A redação do *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, dispunha que os atos que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência deveriam ser submetidos à apreciação do Cade e, somente excepcionalmente, poderiam ser aprovados os atos que atendessem as condições do § 3º do art. 54, dentre as quais, a condição de não implicar a eliminação de parcela substancial da concorrência no mercado relevante. A lei nova parte de premissa diversa, já que o *caput* do art. 88 apenas determina o valor de faturamento ou o volume de negócios dos interessados, que os torna obrigados a submeterem o ato ao Cade. Apenas os §§ 5º e 6º tratam dos atos que serão considerados aprováveis ou reprováveis pelo Cade.

¹⁴⁸ A única hipótese de autorização de ato de concentração que eliminasse parcela substancial da concorrência na Lei nº 8.884, de 1994, era justamente a possibilidade de dispensa de uma das condições previstas nos incisos do § 1º, mediante a aplicação da “válvula de escape” contida no § 2º do art. 54 - os atos de concentração que se justificassem por “motivos preponderantes da economia nacional”.

O § 6º do art. 88 da nova lei, contudo, autorizou ordinariamente (e não apenas nos casos de “motivos relevantes da economia nacional e do bem comum” – como o fazia o § 2º do art. 54 da lei revogada) a aprovação de atos que impliquem eliminação de parcela substancial da concorrência. Assim, o que antes era permitido apenas excepcionalmente, no caso de atos de concentração que fossem necessários por “motivos da economia nacional e do bem comum”, passou agora a ser permitido ordinariamente. Essa alteração talvez sinalize maior flexibilidade no controle das estruturas de mercado pelo Cade, o que poderia significar, em tese, uma inclinação da nova lei para a ampliação da função instrumental da livre concorrência, ao permitir ordinariamente que atos de concentração que impliquem eliminação substancial da concorrência sejam aprovados quando cumpridas as condições previstas no § 6º do art. 88.

De acordo com o disposto no § 6º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, os atos de concentração econômica que impliquem eliminação de parcela substancial da concorrência podem ser autorizados pelo Cade, desde que:

i) sejam observados os limites estritamente necessários para se atingirem os seus objetivos (juízo de proporcionalidade e adequação);

ii) tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente o aumento da produtividade ou da competitividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços, propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico (eficiências econômicas compensatórias);

iii) sejam repassados aos consumidores (adquirentes ou destinatários) parte relevante dos benefícios decorrentes do ato concentração econômica (juízo distributivo ou de equidade).

Ao que parece, a nova lei, nesse aspecto, foi mais liberal que a anterior, já que passou a permitir ordinariamente (e não apenas excepcionalmente, como ocorria no regime anterior) que atos de concentração que impliquem significativa eliminação de concorrência sejam aprovados pelo Cade, quando preenchidas as condições legais aqui apontadas.

A segunda mudança trazida pela Lei nº 12.529, de 2011, diz respeito ao momento de apresentação do ato de concentração ao Cade. No regime da lei anterior, o ato poderia ser apresentado previamente ou no prazo máximo de 15 dias

úteis de sua celebração (art. 54, § 4º). A nova lei instituiu o regime de apresentação prévia do ato de concentração. Assim, as partes interessadas deverão, primeiro, obter a autorização do Cade, para somente depois da aprovação consumir o ato. Isso demonstra uma tendência de maior rigidez no texto atual, que passou a ser menos permissivo nesse ponto do que a lei anterior, talvez para corrigir graves distorções que ocorriam, e têm como exemplo emblemático o caso Nestlé-Garoto.¹⁴⁹

A terceira mudança refere-se à alteração do critério para enquadramento dos atos de concentração econômica, que devem ser obrigatoriamente submetidos ao Cade. A lei anterior previa dois critérios alternativos: o do faturamento e o da participação de mercado (*market share*) que pudesse denotar a posição dominante da empresa. De acordo com o que estipulava o § 3º do art. 54, era obrigatória a submissão à apreciação do Cade de atos de concentração que resultasse em empresa, ou grupo de empresas, que detivesse 20% ou mais do mercado relevante, ou em que qualquer das partes tivesse apresentado, no último exercício social, faturamento bruto igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).¹⁵⁰ A nova lei prevê unicamente o critério do faturamento,¹⁵¹ deixando de

¹⁴⁹ Ato de concentração N. 08012.001697/2002-89, envolvendo as duas maiores fabricantes de achocolatados, chocolates diversos (bombons, barras, confeitos e outros) e coberturas de chocolates do Brasil. A Nestlé Brasil Ltda. adquiriu a totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A. Na análise do ato de concentração, o Cade estabeleceu que o grau de concentração no mercado relevante (nacional), após a operação, passou a ser de 61,2% no caso dos achocolatados; 58,4% no caso dos chocolates diversos, e de 88,5% no caso dos chocolates de cobertura, implicando sensível redução da concorrência. O Cade também entendeu, a partir da aplicação do critério denominado *price standard*, que as eficiências compensatórias geradas pelo ato seriam insuficientes para compensar os danos à concorrência e manter o bem-estar do consumidor. A decisão do Cade foi submetida ao Poder Judiciário, tendo sido acolhida em primeira instância a tese de aprovação automática do ato por decurso de prazo, o Cade recorreu ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região, e até o presente momento não há decisão transitada em julgado. Vide processo de autos nº 0015018-08.2005.4.01.3400 – 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

¹⁵⁰ No caso de empresas multinacionais, pairavam dúvidas se o faturamento a ser considerado para fins de enquadramento no § 3º do art. 54, da Lei nº 8.884, de 1994, era o faturamento total da empresa ou apenas o seu faturamento no mercado brasileiro. Para dirimir tal dúvida, o Cade editou a Súmula N. 01, que definiu que o critério seria o do faturamento bruto da empresa no mercado brasileiro. Essa súmula foi publicada no *Diário Oficial da União*, de 18.10.2005, nº 200, Seção 1 página 49.

¹⁵¹ O art. 88 Lei nº 12.529, de 2011, prevê que devem ser submetidos à análise do Cade os atos de concentração em que uma das partes tenha obtido faturamento bruto anual, ou volume de negócios no País, igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), e a outra parte tenha obtido faturamento bruto anual, ou volume de negócios no País, igual ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Uma vez que o § 1º do art. 88 da lei atual prevê que tais valores podem ser alterados, por indicação do Plenário do Cade [sic] (o Cade não tem mais plenário, quem agora tem um plenário é o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – vide art. 9º da Lei nº 12.529, de 2011) por meio de portaria interministerial dos Ministros da Fazenda e da Justiça, esse valor foi efetivamente alterado para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e

adotar o critério da participação de mercado presente na lei anterior. Nesse ponto, a lei parece ser mais branda do que a norma revogada, já que, num primeiro critério geral de definição dos casos que devem ser analisados, deixou de se preocupar com a participação de mercado. Além disso, os valores de faturamento ou do volume de negócios para fins de enquadramento do ato de concentração econômica que deve ser submetido ao Cade foram significativamente aumentados, especialmente em razão da Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

Ao que tudo indica, essa majoração substancial do valor de faturamento mínimo para fins de apresentação obrigatória do ato de concentração ao Cade foi uma opção política. Parece que a lei preferiu concentrar os esforços do Cade apenas nos casos de maior repercussão sobre a economia nacional, relegando a segundo plano a análise dos atos de concentração de empresas de menor porte.

Em relação ao aumento do valor do faturamento, talvez as críticas que têm sido apresentadas por alguns estudiosos da matéria não sejam muito pertinentes. A lei anterior datava do ano de 1994, e a atual é de 2011. Nesse período de 16 anos, os processos inflacionários (ainda que relativamente bem controlados pelo Governo) certamente retiraram parcela do poder de compra da moeda, justificando a revisão, para maior, dos valores de faturamento anteriormente estabelecidos pela lei de 1994. Uma empresa que faturava 400 milhões de reais no ano de 1994 tinha um poder econômico significativamente maior do que uma empresa que fature esse mesmo valor atualmente, em razão das perdas do poder aquisitivo da moeda. Além disso, com o crescimento e a dinamização da economia nacional experimentados na última década, a revisão do valor base de faturamento para fins de aprovação de atos de concentração econômica realmente precisava mudar, já que uma parte significativa dos atos apresentados ao Cade (submetidos unicamente pelo critério do faturamento) não representavam nenhum perigo para a livre concorrência e para o bom funcionamento do mercado, sendo desnecessária e inútil a sua análise pelo Cade.

Já no que toca à completa exclusão do critério da participação de mercado, entende-se que a lei nova contém uma falha que poderá trazer sérias repercussões de ordem prática. Isso porque, nos mercados relevantes de pequenas dimensões

R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), respectivamente, nos casos dos incisos I e II do art. 88 da lei em vigor. Vide Portaria Interministerial N. 994, de 30 de maio de 2012.

(especialmente os locais e os regionais), como é o caso de regiões metropolitanas, cidades e bairros, as empresas que exploram certos tipos de atividades econômicas de menor porte, muito embora possam deter poder de mercado, nunca precisarão solicitar autorização prévia para a prática de atos de concentração ao Cade, já que não apresentam faturamento nos valores estabelecidos pela lei. Apenas a título de exemplo, imagine-se o mercado de estacionamento na cidade de Belo Horizonte. Dificilmente uma empresa do ramo (ou mesmo um grupo de empresas) atingirá um faturamento anual igual ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), mas certamente uma fusão entre vários estacionamentos poderá trazer severos prejuízos aos consumidores desse tipo de serviço. O mesmo raciocínio pode ser estendido para padarias, farmácias e drogarias, pequenos supermercados, postos de abastecimento de combustíveis, dentre vários outros setores sensíveis da economia. No caso dos mercados regionais (que dificilmente são monitorados pela Superintendência-Geral), a única alternativa dada pela nova lei para o controle da atividade dos agentes econômicos seria por meio do controle posterior do ato, previsto de modo genérico e impreciso no § 7º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011.¹⁵² Ainda assim, o prazo previsto para o Cade determinar a submissão do ato a sua apreciação é de apenas um ano, o que implica reconhecer que, uma vez ultrapassado esse prazo, não mais poderá Cade analisar o ato de concentração que não se enquadre nos critérios do *caput* do art. 88.

Nesse ponto, parece que a lei atual ficou mais branda (e potencialmente ineficaz), no que diz respeito ao controle das estruturas em mercados onde o faturamento das empresas é pequeno, especialmente no caso de mercados locais ou regionais. Necessitará o Cade do apoio intenso de outros órgãos que tenham por finalidade a defesa da concorrência e do consumidor – possivelmente órgãos regionais – para tomar conhecimento de atos de concentração em mercados locais, que possam prejudicar a livre concorrência e cuja análise da concentração possa ser avocada pelo Cade, nos termos do § 7º do art. 88 da lei atual. Os Procons, o Ministério Público Estadual e até mesmo as associações da sociedade civil (especialmente as associações de consumidores), mais sensíveis que são para os problemas e as especificidades dos mercados locais, poderão contribuir,

¹⁵² Essa é a redação do referido dispositivo legal: “§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.”.

apresentando ao Cade informações sobre alterações ocorridas nos mercados regionais, para que sejam revistos, se for o caso, os atos de concentração lesivos da livre concorrência nesses mercados. Uma vez que a nova lei entrou em vigor há menos de um ano, ainda é muito cedo para tirar conclusões sobre a sua real eficácia, especialmente quanto a esse tema específico.

A quarta mudança refere-se à introdução de uma definição legal do que é ato de concentração econômica. A lei revogada não conceituava de modo preciso o ato de concentração, apenas fazia referência exemplificativa no § 3º do art. 54. O art. 90 da lei atual trouxe uma definição mais precisa que, se, por um lado, colaborou para ampliar a segurança jurídica, por outro, corre o risco de deixar de abarcar certas situações fáticas que não possam subsumir-se à moldura normativa ora implantada. Uma vez que os atos e fatos econômicos são essencialmente móveis e fluidos e podem ser praticados de maneiras diferentes, visando a um mesmo objetivo, é possível que certos atos acabem escapando da aplicação da lei, quando não se enquadrarem à moldura normativa do art. 90.

A quinta mudança significativa introduzida no controle de atos de concentração pela Lei nº 12.529, de 2011, que repercute diretamente na elaboração de alguns raciocínios propostos nesta tese, é que uma das formas de aplicação das “válvulas de escape” prevista na lei anterior foi suprimida. Trata-se da norma contida no § 2º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, que previa a possibilidade de aprovação de um ato de concentração econômica que fosse necessário por “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”, sem a necessidade de comprovação das quatro condições previstas no § 1º, bastando, assim, o preenchimento de três das quatro condições ordinariamente exigíveis.

A lei atual não mais prevê essa possibilidade de forma expressa, o que poderia, em primeira análise, levar a crer que atos de concentração preponderantes para a “economia nacional e o bem comum” não estariam mais abarcados pela “válvula de escape” constante na lei anterior. Ocorre que, no regime da nova lei, até mesmo atos que impliquem eliminação de parcela substancial da concorrência podem ser ordinariamente aprovados pelo Cade, o que não ocorria de maneira ordinária na lei anterior (como visto linhas atrás). Desse modo, a lei nova, por ser mais liberal que a anterior, pode eliminar a redação que tratava de uma das “válvulas de escape”, sem, contudo, eliminar a possibilidade de aprovação de atos

de concentração restritivos da concorrência, quando forem necessários para o desenvolvimento nacional ou para o bem público. Assim, mesmo que não esteja explícito na Lei nº 12.529, de 2011, diversamente do que ocorria na anterior, os argumentos que atraíam a aplicação de tal “válvula de escape” continuam tendo plena aplicabilidade.

A alteração legislativa não ocorreu com o propósito específico de tornar a Lei Antitruste imune à consideração de elementos de política econômica. Isso porque, em primeiro lugar, não era unicamente o § 2º do art. 54 da lei anterior que justificava a possibilidade de serem levados em consideração critérios político-econômicos nos julgamentos do Cade. Os fundamentos para que o Cade leve em consideração elementos político-econômicos em seus julgamentos (juntamente com os critérios técnicos) decorre, antes de tudo, de uma interpretação da legislação antitruste, conforme a Constituição da República, como já desenvolvido no Capítulo 4. Além disso, como já explanado, a lei atual chega a ser até mesmo mais flexível, em matéria de análise de atos de concentração, do que a lei anterior, porquanto na lei revogada eram proibidos, a princípio, atos de concentração que implicassem a eliminação de parcela substancial da concorrência. Na lei atual, ao contrário, qualquer ato de concentração que possa eliminar parcela substancial da concorrência pode ser aprovado pelo Cade, desde que demonstrado o cumprimento das três condições previstas no § 6º do art. 88. Com isso, entende-se que a lei atual passou a considerar, em maior medida do que ocorria na lei anterior, a livre concorrência como um princípio instrumental, isto é, como um meio e não como um fim a ser preservado em toda e qualquer situação, dando-se abertura para que as análises dos casos concretos levem em consideração, além dos aspectos técnico-econômicos, também os elementos e valores constantes nas políticas econômicas constitucionais.

Outra alteração que aponta para uma ideia de que aspectos políticos possam influir na aplicação da Lei nº 12.529, de 2011, é a redação do § 1º do art. 88, que dispõe que os valores de faturamento das empresas, considerados como parâmetro para a submissão obrigatória do ato ao Cade, podem ser modificados por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. Mais uma vez, está presente o elemento político (que deveria ser considerado elemento de política econômica), a nortear as decisões do Cade. Ao autorizar uma portaria

interministerial a alterar os valores de faturamento das empresas para fins de submissão de atos de concentração econômica ao Cade, certamente a nova lei possibilitou a influência de políticas econômicas (e até mesmo, nesse caso, de políticas de Governo) nas decisões do Cade.

Em relação ao estudo comparativo, percebe-se que tanto a legislação europeia como a brasileira permitem que a análise antitruste seja permeada por elementos outros que não exclusivamente a busca da eficiência econômica. Dentre esses outros elementos, podem ser citados objetivos de bem-estar social, tais como a proteção do meio ambiente, a maximização da oferta ao consumidor, a preservação e o incremento de emprego e renda, os incentivos ao empreendedorismo e ao desenvolvimento das pequenas empresas, a potencialização do crescimento e do desenvolvimento econômico de regiões ou de localidades mais pobres, como forma de redução de desigualdades regionais,¹⁵³ dentre outros valores sociais.

No âmbito da União Europeia, em matéria específica de proteção da concorrência, a existência de isenções regulamentares impede a aplicação da legislação antitruste a determinados setores da economia considerados preponderantes para o interesse local ou para o interesse comunitário. Trata-se das regras de isenções por categorias, também chamadas de isenções em bloco, que atualmente estão previstas no Regulamento da Comissão N° 800, de 6 de agosto de 2008, que vigorará até 31 de dezembro de 2013. De acordo com tal Regulamento, estão em vigor na Europa 26 tipos de isenção da aplicação da legislação antitruste, vinculadas especialmente ao apoio e ao incentivo às pequenas e às médias empresas, apoio à pesquisa e ao desenvolvimento, proteção ambiental, fomento ao “espírito empresarial feminino”, apoio à formação profissional e ao trabalhador desfavorecido ou com deficiências.

Além disso, os arts. 107 (2) e (3) do TFUE, (ex-art. 87 do TCE), ao tratar dos auxílios de Estado (subsídios estatais para certas empresas e segmentos de mercado), determina que, mesmo os auxílios que possam prejudicar a livre concorrência, não serão considerados ilícitos, nas condições que enumera. Dentre

¹⁵³ No âmbito da União Europeia, existem vários mecanismos que visam à “equalização econômica e social” entre os países-membros, com vistas à redução das desigualdades entre eles. Veja-se, como exemplo, o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) e o Fundo Social Europeu (FSE).

tais condições, o disposto na alínea “a” do art. 107 (3) determina expressamente que os auxílios estatais poderão ficar isentos da aplicação das regras antitruste, quando destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo, ou em que exista grave situação de subemprego, tendo em conta a sua situação estrutural, econômica e social.

Um panorama geral da legislação comunitária revela que a proteção da concorrência assume um caráter nitidamente instrumental, o de “concorrência-meio”, já que, além da preservação da competição e da eficiência no mercado, vários outros elementos, de ordem política, econômica e social, são acolhidos por textos legais que orientam a aplicação do Direito Antitruste na União Europeia.

O cotejo entre o Direito europeu e o Direito brasileiro é bastante útil para esclarecer as bases conceituais de aplicação do antitruste, uma vez que a legislação europeia serviu de inspiração para o legislador brasileiro. Além disso, o Direito europeu guarda uma série de características similares às do Direito brasileiro, porquanto ambos são membros da família de direitos da *Civil Law*.

5.2. Alguns exemplos de adoção de políticas econômicas em Direito Comparado: decisões europeias e brasileiras

A metodologia utilizada para a elaboração da tese adotou a vertente jurídico-teórica, sendo a pesquisa do tipo qualitativo. Por isso, não foram realizados tipicamente estudos de casos, o que demandaria a realização de uma pesquisa quantitativa com metodologia própria e adequado tratamento estatístico.

Alguns casos, porém, serão analisados a título exemplificativo, com o objetivo de ilustrar como algumas decisões antitruste têm levado em consideração outros aspectos que não a simples manutenção da concorrência e a busca da eficiência econômica e, como tais decisões possuem maior grau de legitimidade do que aquelas que ordinariamente se baseiam unicamente em critérios técnicos.

5.2.1. Direito europeu: o caso Comissão versus CECED: considerações de políticas econômicas ambientais e desenvolvimento tecnológico

A decisão do processo IV.F.1/36.718 – CECED, proferida em 24 de janeiro de 1999 pela Comissão das Comunidades Europeias é um precedente relevante e comumente citado na literatura jurídica estrangeira como exemplo de como considerações de políticas de proteção do meio ambiente podem impactar a análise antitruste na União Europeia.

O caso refere-se a um acordo firmado entre produtores de máquinas de lavar roupas, entabulado por intermédio do *Conseil Européen de la Construction d'Appareils Ménagers* (CECED), que funciona como uma espécie de associação de empresas produtoras de eletrodomésticos, tendo por objetivo descontinuar a produção e a importação de máquinas de lavar roupas que não se enquadrassem nas classes A, B ou C de eficiência energética, ou seja, a eliminação da produção e da importação de máquinas de lavar roupas enquadradas nas classes D, E, F e G de consumo de energia elétrica.

O mercado relevante, quanto ao produto, foi definido como o de máquinas de lavar roupas para uso doméstico e, quanto ao aspecto geográfico, abrangeu todo o território à época compreendido pelo Espaço Econômico Europeu (EEE).

A participação de mercado dos fabricantes que assinaram o acordo foi calculada pela Comissão no percentual de 95% (noventa e cinco por cento), evidenciando a absoluta posição dominante dos filiados à CECED.

Nos termos do art. 81 (1) do Tratado da Comunidade Europeia, o acordo foi submetido a julgamento da Comissão, já que representava graves limitações à livre concorrência e ao comércio entre os Países-Membros.

Os pontos fundamentais analisados pela Comissão podem ser assim sintetizados:

- i) trata-se de um acordo entre empresas, apoiadas por uma associação de empresas, que é a CECED;
- ii) essas empresas possuem posição dominante no mercado relevante;

- iii) o acordo impede os fabricantes e importadores de concorrer, com base na gama completa das classes de eficiência energética (já que serão eliminados os equipamentos das classes D, E, F e G, restando apenas as classes A, B e C);
- iv) assim, o acordo restringe o leque de escolha do consumidor às classes A a C;
- v) o acordo diminui a autonomia das partes, no que se refere à produção ou à importação de máquinas da sua escolha, restringindo assim a concorrência entre as partes;
- vi) o acordo implica um aumento dos custos de produção dos fabricantes que produziam as máquinas enquadradas nas classes de menor eficiência energética, que terão de adaptar suas plantas industriais para passar a produzir máquinas que se enquadrem nas categorias A, B e C de consumo de energia elétrica.

Diante dessas constatações, a Comissão conclui, sob o aspecto da análise de eficiência econômica, que o acordo, na medida em que impedia as partes de produzir ou importar máquinas de lavar classificadas nas classes de eficiência energética D a G, teria por objetivo restringir ou falsear a concorrência e prejudicar o comércio entre os Estados-Membros, nos termos do art. 81 (1) do TCE.

Ao analisar, porém, o acordo sob o ponto de vista do art. 81 (3) do TCE, a Comissão ponderou a questão sob dois outros aspectos: os ganhos futuros para o consumidor e os benefícios coletivos, especialmente a redução de poluentes e do consumo de energia elétrica. A Comissão apontou o seguinte:

- i) muito embora pudesse haver um imediato aumento de preços ao consumidor, esse aumento seria compensado, entre nove e 40 meses, pela economia gerada nas contas de energia elétrica dos consumidores individuais, trazendo benefícios perenes em longo prazo;
- ii) a tendência de médio prazo era a de que os preços das máquinas de lavar enquadradas nas classes A, B e C de consumo de energia poderiam provavelmente cair, já que todos os fabricantes passariam a produzir apenas

máquinas enquadradas em tais classes, aumentando a oferta dessas classes específicas;

iii) os danos marginais de dióxido de carbono (evitados), ou seja, os denominados "custos externos", poderiam ser precificados entre 41 e 61 euros por tonelada do dióxido de carbono economizado. Com a redução global de tais emissões, provenientes da implantação da nova tecnologia menos poluente, os danos evitados resultantes do dióxido de enxofre seriam da ordem de 4000 a 7000 euros por tonelada, e de 3000 a 5000 euros por tonelada de óxido nítrico, representando sensível ganho ambiental (interessante é que a Comissão criou uma forma de quantificação do ganho ambiental por meio de uma expressão monetária);

iv) os benefícios para a sociedade teriam de ser sete vezes superiores aos custos de aquisição, acrescidos das máquinas de lavar, mais eficientes do ponto de vista do consumo de energia, ainda que os consumidores de máquinas de lavar individualmente considerados pudessem ter perdas imediatas de bem-estar;

v) a preservação do meio ambiente era um dos princípios basilares do TCE e deveria ser considerada pela Comissão no julgamento do caso;

vi) o acordo seria capaz de contribuir de forma significativa para o progresso técnico e econômico, já que, com a redução das máquinas de lavar às classes de consumo energético A, B e C, haveria potencialmente mais competição dinâmica entre os fabricantes, em termos de pesquisa e desenvolvimento, visando a novos produtos.

Diante dessas ponderações, entendeu a Comissão que, ao acordo formalizado pelo CECED, deveria ser aplicado o disposto no art. 81 (3) do TCE, que o acordo deveria ser beneficiado pela isenção da aplicação das vedações previstas no art. 81 (1) do Tratado, uma vez que os ganhos gerados com a conduta seriam maiores que as perdas consideradas.

5.2.2. Direito europeu: o caso Comissão *versus* Stichting Baksteen: considerações sobre proteção dos recursos humanos e do progresso técnico e econômico

O caso Stichting Baksteen¹⁵⁴ também demonstra como a Comissão Europeia levou em consideração fatores não necessariamente ligados à eficiência econômica e à preservação pura e simples de concorrência em seus julgados. O caso é bastante peculiar, já que trata de uma espécie de acordo entre concorrentes para redução da produção e retirada de concorrentes do mercado.

Em síntese, os produtores de tijolos dos Países Baixos passaram por uma crise setorial grave, que acabou gerando, de forma duradoura, um excedente de produção de tijolos, acompanhado de retração significativa nos preços. Como os produtores não conseguiram individualmente adequar sua produção, acabaram estabelecendo um acordo de reestruturação e saneamento da indústria de tijolos, com os objetivos de reduzir a produção e incentivar certas empresas a deixar o mercado mediante indenização. O acordo foi formulado por intermédio da associação Stichting Baksteen, que representa os produtores de tijolos nos Países Baixos, uma espécie de “sindicato patronal”.

Esse tipo de conduta, prejudicial à livre concorrência, poderia ter sido condenado liminarmente, diante dos danos concorrenciais que, presumidamente, causaria sob o ponto de vista econômico. Os pontos fundamentais do caso podem ser assim resumidos:

- i) o produto relevante foi definido como “tijolos em geral”, uma vez que as diferenças entre os tipos de tijolos (normais, de revestimento e *engeneering*), relativamente a preços e aplicações (preferências do consumidor), justificavam a reunião em um mesmo grupo, eis que em tese substituíveis entre si;
- ii) a dimensão geográfica do mercado relevante foi definida como o território dos Países Baixos, tendo em vista que o mercado de tijolos é geralmente

¹⁵⁴ Decisão da Comissão das Comunidades Europeias, publicado no *Jornal Oficial*, nº L 131, de 26.5.1994. p. 15-22.

regional, em razão do baixo valor do produto e dos altos custos com o seu transporte, que dificultam as exportações para outros Estados-Membros;

iii) a Comissão ressaltou que, no ano de 1991, já havia recebido um pedido da associação Stichting Baksteen para aprovação de um plano de reestruturação setorial do mercado de tijolos, com vistas a eliminar o excesso da capacidade estrutural do setor nos Países Baixos. Esse primeiro plano previa medidas desproporcionais, que superavam o necessário para a reestruturação do setor, com manutenção de concorrência em parte substancial do mercado, dentre as quais:

a) um acordo de fixação de cotas de produção, reforçado por um sistema de sanções pecuniárias, que tinha por consequência a repartição quantitativa da quase totalidade da produção de tijolos;

b) a introdução de um sistema que visava à reaquisição, por conta do conjunto das empresas participantes de produtores ou suas unidades, de produção e ainda a eliminação total e irreversível da produção adquirida (com a destruição ou alienação de máquinas para fora do mercado relevante inclusive);

c) o estabelecimento de uma correlação direta entre o acordo no setor dos tijolos e certos compromissos assumidos por esses fabricantes no nível da produção de lages. Esse primeiro plano foi completamente rejeitado pela Comissão, que ameaçou aplicar multas à associação e aos produtores, caso o plano fosse posto em prática;

d) após a primeira decisão da Comissão, houve um progressivo agravamento da crise setorial, fazendo com que os estoques de tijolos aumentassem, ultrapassando o patamar de 32% (trinta e dois por cento) do total das vendas de tijolos no mercado em causa, gerando custos de armazenamento e estocagem e altos custos financeiros para as empresas produtoras. Além disso, os preços dos tijolos, entre os anos de 1980 e 1992, caíram em média 30% (trinta por cento);

e) durante a década de 1980 e até o momento do julgamento do caso (ano de 1994), ocorreu progressiva substituição dos tijolos utilizados na construção civil por outros produtos, mais baratos e de aplicação facilitada,

que demandavam menos mão de obra, sendo, portanto, preferidos pelas construtoras, em detrimento dos tradicionais tijolos, o que teria contribuído largamente para a queda nas vendas e o conseqüente aumento do excedente produtivo (*output* da indústria).

Diante desse cenário, os produtores de tijolos novamente propuseram um plano de reestruturação do mercado, com o objetivo de “restabelecer o equilíbrio entre oferta e demanda” e o submeteram novamente à Comissão. Esse novo plano previa especificamente o seguinte:

- i) quatro fabricantes de tijolos encerrariam a operação de sete plantas industriais, gerando um corte de produção de aproximadamente 217 milhões de tijolos por ano;
- ii) esses quatro produtores assumiriam a obrigação de deixar de produzir materiais cerâmicos de construção nas sete instalações de produção a serem fechadas, durante um período de 30 anos;
- iii) os quatro fabricantes que se retirariam do mercado se obrigariam a não vender os seus equipamentos para outras empresas localizadas em um raio de até 500 quilômetros, durante um período de 30 anos;
- iv) um sistema de sanções pecuniárias seria implantado para evitar o desrespeito a qualquer uma dessas obrigações, aceitando as partes o princípio de um controle do encerramento definitivo das suas instalações por peritos qualificados independentes;
- v) o novo acordo também previa o estabelecimento de uma espécie de fundo a ser gerido pela Stichting Baksteen, para o qual as empresas remanescentes no mercado contribuiriam durante um período de cinco anos. Os valores arrecadados pelo fundo seriam pagos aos produtores que se tivessem retirado do mercado, a título de contribuição para a cobertura dos custos de encerramento e, especialmente, dos custos sociais subjacentes;
- vi) o acordo também previa uma negociação coletiva de trabalho entre a Stichting Baksteen e os sindicatos de empregados da indústria de tijolos, acenando com um plano social para a reciclagem dos empregados afetados pelas demissões;

vii) por fim, o acordo também previa que os investimentos de mera substituição seriam autorizados, na medida em que não implicassem aumento de produção dos associados da Stichting Baksteen, ou na medida em que esse aumento fosse limitado, no máximo, a 5% durante todo o período de financiamento para as outras empresas participantes.

A Comissão analisou esse novo plano de reestruturação setorial da indústria de tijolos dos Países Baixos, tendo chegado à conclusão de que o acordo se enquadrava na regra do art. 85 (1) do TEC (atual art. 101 (1) do TFUE), já que tinha por efeito resitringir a concorrência, e também poderia implicar, de forma direta, distorções no comércio entre os Estados-Membros, eis que em torno de 25% (vinte e cinco por cento) da produção de tijolos dos Países Baixos destinam-se à exportação para outros países da Comunidade Europeia; com isso, o acordo seria, a princípio, proibido.

Ao analisar o acordo sob o ponto de vista do art. 85 (3) do TCE (atual art. 101 (3) do TFUE), porém, a Comissão entendeu que o real objetivo do acordo era a redução das capacidades para se atingir maior grau de utilização das capacidades instaladas e para restaurar progressivamente e, em médio prazo, um equilíbrio duradouro entre oferta e procura. Considerou a Comissão que, como as sete plantas industriais que seriam desativadas eram as mais antigas e ineficientes, o seu fechamento teria potencial efeito positivo sobre o progresso técnico e econômico, na medida em que permaneceriam no mercado apenas os fabricantes mais modernos e com maior volume de recursos investidos em melhorias tecnológicas. Por fim, a Comissão também levou em consideração que a coordenação e os cronogramas de encerramento das plantas industriais a serem desativadas facilitaria a reciclagem dos trabalhadores, atendendo aos fins sociais do TCE.

Desse modo, o acordo foi aprovado, porém com a redução do prazo de não concorrência para as empresas que se estavam retirando do mercado a um período de cinco anos, e não de 30, como pretendiam os interessados.

Além dos casos aqui apresentados, a título meramente exemplificativo, outros precedentes importantes no Direito europeu podem ser vistos nos seguintes casos: Processo IV/32.150-UER/Sistema Eurovisão (*Eurovision*), (conduta absolvida com base em consideração de benefícios aos países e às regiões menos favorecidos da

Comunidade Europeia e também ganhos de eficiência econômica); Processo IV/31.550 - Zera/Montedison, (conduta condenada, com aplicação de multa, com fundamento em afronta à livre concorrência, mas também, e principalmente, por ter a Comissão considerado que a conduta era capaz de prejudicar os objetivos de integração da Comunidade Europeia); Processo IV/34.018 - Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA), (conduta condenada, com aplicação de multas, por entender a Comissão que houve afronta à livre concorrência e também, especialmente, porque a conduta prejudicou a integração dos Países Membros); Processo COMP/34493 – DSD e outros, (a Comissão acolheu certas condições da operação, relativas ao uso de infraestruturas essenciais, nos moldes do art. 81 (3), ao entender por ganhos significativos ao meio ambiente);¹⁵⁵ Processo COMP/C/38.170 – Caso REIMS II, (a Comissão renovou a isenção de aplicação do art. 81 (1) ao acordo entre operadores de serviços postais internacionais, ao argumento de eficiência econômica e também de promoção da segurança nas comunicações e integração do mercado europeu).

Por outro lado, há vários casos decididos pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Primeira Instância em que os ganhos de eficiência econômica e bem-estar do consumidor foram os únicos aspectos levados em consideração. Sobre esses casos, veja-se, especialmente o processo T-168/01 – GlaxoSmithKline Services Unlimited *versus* Comissão, em que o Tribunal afirmou que a principal e mais importante meta da proteção da concorrência é assegurar a eficiência de mercado como meio para aumentar o bem-estar do consumidor. A decisão foi submetida, por meio de recurso, ao Tribunal de Justiça Europeu, que ainda não o julgou.

5.2.3. Direito brasileiro: o caso AMBEV: considerações sobre eficiência e também manutenção do nível de empregos e sobre o fortalecimento da indústria nacional

Um dos casos de maior repercussão já julgados pelo Cade, o processo de autos nº 08012.005846/1999-12, trata da fusão das duas maiores fabricantes de

¹⁵⁵ A decisão da Comissão foi objeto de recurso para o Tribunal de Primeira Instância, que manteve a decisão. Ver Processo T-209/01, julgado em 24 de maio de 2007.

cervejas do Brasil, tendo sido aprovado o ato de concentração com restrições, já que o Cade aplicou remédios estruturais e comportamentais¹⁵⁶ por meio de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD).

Em síntese, o caso refere-se à operação de concentração entre as empresas controladoras das cervejarias Brahma e Antartica, envolvendo todas as suas plantas industriais e marcas. As empresas também atuavam no mercado de águas, refrigerantes e tubaínas, mas não detinham poder de mercado, razão pela qual a análise do Cade focou-se especialmente no mercado de cervejas.

Para fins de definição do mercado relevante, o Cade entendeu que os produtos relevantes seriam águas, refrigerantes, tubaínas e cervejas, com especial destaque para estas últimas.

Quanto à dimensão geográfica, considerou o Cade existirem em cinco regiões distintas, configurando-se cada uma delas em um mercado relevante regional: mercado relevante 1, compreendido pelos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul; mercado relevante 2, compreendido pelos Estados de São Paulo, do Rio de Janeiro, Espírito Santo e de Minas Gerais; mercado relevante 3, compreendido pelos Estados de Goiás, Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul, Tocantins, de Rondônia e o Distrito Federal; mercado relevante 4, compreendido pelos Estados de Alagoas, do Amapá, da Bahia, do Ceará, Pará, da Paraíba, de Pernambuco, do Piauí, Maranhão, Rio Grande do Norte e de Sergipe; e, mercado relevante 5, compreendido pelos Estados do Acre, Amazonas e de Roraima.

As participações de mercado das empresas interessadas, depois da fusão, chegariam à média geral de 72% das vendas de cervejas, tendo sido apontado pela SDE que, no caso dos mercados relevantes 4 e 5, esse percentual seria de, respectivamente, 80% e de 90%.

Diversos aspectos foram avaliados pelo Cade, dentre os quais destacam-se os que parecem ter tido maior peso para a decisão: preservação da livre concorrência, eficiência econômica, bem-estar do consumidor (redução de preços, introdução de novos produtos, melhorias de qualidade e outros), manutenção de

¹⁵⁶ Sobre os remédios antitruste, ver o artigo de Alice Ferreira de Oliveira *Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas*. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado et alii. (Organizadores). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 147-177.

empregos (consta especificamente no TCD), reforço da capacidade de investimentos e pesquisa e desenvolvimento tecnológico e, por fim mas não com menor importância, o fortalecimento da indústria nacional.

A fusão foi aprovada com alguns condicionantes, que constaram do TCD, dentre os quais:

i) a alienação da marca Bavária, juntamente com cinco fábricas, a um único comprador (que veio a ser a Anheuser-Busch InBev, uma das maiores cervejarias do mundo);

ii) a implementação de sistemas de compartilhamento da rede de distribuição nacional pelo prazo de quatro anos;

iii) a proibição de desativar fábricas nos quatro anos seguintes à aprovação da fusão;

iv) a manutenção do nível de emprego e, em caso de demissões em razão da reestruturação societária, a promoção de programas de retreinamento e recolocação dos trabalhadores no mercado de empregos formais;

v) a proibição de estabelecer acordos de exclusividade com pontos de venda;

vi) a adoção de todas as providências e medidas para que fossem alcançados os benefícios sociais da fusão.

Da análise desse caso, percebe-se claramente que o Cade levou em consideração não apenas questões atinentes à eficiência econômica ou ao bem-estar do consumidor. Certamente tais pontos foram considerados, e talvez até com mais ênfase do que outros. O Cade, porém, também preocupou-se com questões referentes às políticas econômicas de manutenção de emprego e renda e de fortalecimento da indústria (economia) nacional, já que um dos grandes argumentos insistentemente utilizados pelas empresas para justificar a fusão seria a necessidade de competir com grandes multinacionais, que poderiam passar a atuar no mercado brasileiro. Interessante ressaltar que do voto¹⁵⁷ da Conselheira Relatora, Dra. Hebe Romano, colhe-se que um dos fatores a considerar, naquele momento, era a proteção do mercado interno e das empresas brasileiras no contexto de globalização

¹⁵⁷ BRASIL. CADE. Ato de Concentração N. 08012.005846/1999-12, fl. 5429, último parágrafo. Em sentido semelhante, fls. 42 e 43.

econômica, que permitia às empresas estrangeiras vender seus produtos a baixos preços no Brasil, podendo vir a prejudicar as pequenas e médias empresas nacionais.

A fusão foi aprovada em 7 de abril de 2000. Nos anos que se sucederam, a Ambev foi alvo de investigações constantes da SDE, tendo respondido a três processos administrativos, em que se questionava abuso de posição dominante. Os dois primeiros, de autos nº 08012.0004363/2000-89 e de autos nº 08012.011566/99-71, foram arquivados por decisão unânime do Plenário do Cade. Posteriormente, outro processo administrativo foi instaurado (autos de nº 08012.003850/2004-10), tendo por objeto a análise de programas de fidelização de pontos de venda (programa “Festeja” e programa “Tô Contigo”) que, em tese, representariam abuso de posição dominante da Ambev. Nesse último processo, a Ambev foi efetivamente condenada a pagar uma multa de mais de 350 milhões de reais.

Apesar dessa condenação, passados mais de 12 anos desde que a fusão foi aprovada, até 2011, a Ambev ainda não conseguiu voltar a ter a participação inicial de mercado que detinha no momento da fusão. Segundo informa o seu Relatório Anual de 2011,¹⁵⁸ até o fechamento do exercício fiscal daquele ano, a empresa detinha, no Brasil, uma fatia de 69% do mercado de cervejas.

Como fora previsto pela Ambev, na última década, o mercado brasileiro foi efetivamente penetrado por várias marcas de cervejas estrangeiras, tanto as de baixo custo, competidoras diretas das marcas de combate da Ambev, como cervejas de preços intermediários e até as de alto preço. Além disso, várias cervejarias regionais brasileiras, de inspiração “artesanal” também passaram a expandir seus negócios, e o ambiente de mercado parece estar bastante equilibrado em relação à competição entre marcas e oferta ao consumidor.

Um estudo elaborado por Elizabeth Farina e Paulo Azevedo,¹⁵⁹ em 2003, afirmou que a Ambev seria incapaz de praticar uma elevação unilateral de preços, sob pena de perder participação de mercado. De fato, depois de mais de 12 anos da

¹⁵⁸ Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relatório Anual 2011. p. 36. Disponível em: <http://www.ambev.com.br/media/3939214/ra_ambev_2012.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

¹⁵⁹ FARINA, Elizabeth M. M. Q; AZEVEDO, Paulo F. Ambev: a fusão e seus efeitos no mercado de cervejas. In: MATTOS, César (Org.). *A revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2003. p. 145.

fusão, a Ambev não conseguiu eliminar nenhum concorrente. Pelo contrário, o que se observou foi o ingresso de novos concorrentes no mercado, ainda que com participações modestas de market share. Também não existem questionamentos significativos de queixas do consumidor, até mesmo porque uma grande variedade de novos produtos foi lançada pela própria Ambev e por suas concorrentes nacionais, e foram introduzidos novos produtos estrangeiros no mercado interno, especialmente nos segmentos de maior custo.

Os interesses nacionais foram protegidos, o mercado interno continuou aquecido, formou-se um agente nacional capaz de competir efetivamente com as grandes cervejarias estrangeiras e, nesse ponto, parece ter sido acertada a decisão do Cade, ao levar em consideração no julgamento do caso não apenas critérios técnico-econômicos, mas também critérios fornecidos por noções gerais de políticas econômicas constitucionais, especialmente no que toca ao incentivo à pesquisa e à tecnologia e à busca do pleno emprego.

5.2.4. Direito brasileiro: o caso BRF - BRASIL FOODS S/A: o Termo de Compromisso de Desempenho como fator de compensação das perdas de livre concorrência

O recente processo de fusão entre as duas maiores empresas de alimentos processados de carnes de aves e suínos do Brasil é um caso emblemático que mostra como o Cade interveio profundamente no negócio jurídico proposto pelas partes interessadas, tendo chegado a um resultado final bastante ousado: a alienação de ativos industriais, de marcas e de direitos de uso de soluções logísticas das empresas em fusão para um terceiro, de forma a criar um “vice-líder”¹⁶⁰ de mercado para rivalizar com a nova empresa que emergia da fusão.

Trata-se do processo de autos nº 08012.004423/2009-18, tendo como requerentes Perdigão S/A e Sadia S/A, as duas maiores empresas do setor no mercado brasileiro.

¹⁶⁰ A expressão é utilizada no voto-vista proferido pelo Conselheiro Relator do caso no Cade, Dr. Ricardo Machado Ruiz.

Na definição do mercado relevante quanto ao produto, foram levados em consideração os seguintes produtos:

- i) aquisição de animais para abate (análise do poder de compra das empresas);
- ii) carnes *in natura* (frangos, perus, suínos e bovinos);
- iii) *kit* festas;
- iv) congelados;
- v) carnes processadas;
- vi) margarinas.

Quanto à dimensão geográfica, o Cade entendeu que, na hipótese de aquisição de animais para abate, os mercados relevantes geográficos seriam, no caso de frangos, os Estados de Goiás, do Mato Grosso, do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina. Em se tratando de perus, uma distância de 150 quilômetros de cada abatedouro. Para os demais produtos relevantes, definiu-se que, muito embora as duas empresas tivessem faturamentos expressivos com exportações, o mercado que efetivamente poderia sofrer as consequências da operação seria o mercado nacional.

As participações de mercado após a fusão eram superiores a 50% em todos os produtos, chegando, em certos casos, até a 90%. Além disso, o Cade considerou que existiam significativas barreiras à entrada de novos concorrentes, sendo um mercado de baixa contestabilidade.¹⁶¹ Para agravar a situação, também foi constatada significativa dificuldade para novos entrantes se estabelecerem com baixos custos, haja vista a precariedade do acesso efetivo aos canais de distribuição dos produtos. Todos esses aspectos apontaram para um mercado concentrado, de baixa contestabilidade, com peculiaridades logísticas próprias,¹⁶² necessidade de investimento intensivo de capital em grandes quantidades, onde os interessados detinham posição dominante reforçada por seu poder de portfólio.

¹⁶¹ Em análise econômica, é comum o termo. O grau de contestabilidade de um mercado é medido pela fluidez de ingresso de novos concorrentes e pelo grau de liberdade de alocação e realocação dos agentes já estabelecidos no mercado, ou seja, pela mobilidade dos fatores de produção.

¹⁶² A maior parte dos produtos relevantes é altamente perecível, demandando transporte diferenciado e maiores custos, com logística geral de distribuição.

Ao analisar as condições previstas no § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, o Cade entendeu que as economias de escopo e de escala originadas da fusão seriam insuficientes, no formato da operação, para gerar benefícios à coletividade.

Diante desse cenário, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, relator do caso, votou contra a aprovação do ato de concentração, por entender que a fusão seria lesiva à livre concorrência, e que não estariam presentes as eficiências compensatórias e as demais condições previstas no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. Em sequência, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz.¹⁶³ Poucos dias depois, as requerentes iniciaram uma tratativa rápida, porém intensa, com o Cade, tendo por objetivo a celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), que acabou tornando-se a efetiva solução do caso.

Os termos e obrigações constantes no TCD foram substancialmente explicados no voto do relator do acórdão, Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, que pode ser assim resumido, em termos gerais:

- i) a operação, nos moldes em que requerida pelos interessados, não poderia ser aprovada, já que eliminaria parcela substancial da concorrência e sem que houvesse comprovação da geração de eficiências capazes de compensar os danos causados à livre concorrência e ao bem-estar do consumidor;
- ii) o relator propôs, então, um novo formato para o TCD, tendo por objetivo criar uma nova empresa que ocupasse a condição de “vice-líder” de mercado, capaz de rivalizar e competir efetivamente com a BFR;
- iii) esse novo agente seria uma empresa que adquiriria uma parte significativa da estrutura produtiva integrada da BRF, com foco nos mercados relevantes em que se apresentou alto grau de concentração;
- iv) com essa nova configuração de mercado, estaria em tese restaurado o que o relator do acórdão chamou de “duopólio virtuoso”, reproduzindo, de certo modo, as características estruturais do mercado antes da concentração.

¹⁶³ Provavelmente de forma estratégica, o pedido de vista fez com que as requerentes da operação ficassem mais flexíveis e receptivas à necessidade de imposição de condições mais severas para a aprovação do ato. Ver, a respeito, o registro que o Conselheiro Ricardo Ruiz, relator do acórdão, faz nos §§ 9º e 68 do seu voto, no ato de concentração de autos nº 08012.004423/209-18.

As requerentes aceitaram a celebração do TCD, e a fusão foi então aprovada pelo Cade, com todas as restrições impostas por remédios estruturais e comportamentais previstos no Compromisso. Em 4 de julho de 2012, o Cade aprovou a venda de ativos da BRF listados no TCD para a Marfrig S/A, frigorífico de grande porte (com experiência no mercado de carnes *in natura*) e entrante no mercado de processados de carnes e comidas prontas. Estava criado o novo competidor, que agora tem a missão de competir com a gigante BRF.

A análise dos fundamentos do voto do Conselheiro Ricardo Ruiz demonstra que a racionalidade geral adotada foi a da busca da eficiência econômica. O próprio relator do acórdão, na quinta nota de rodapé de seu voto, tece um comentário interessante, no sentido de que a intervenção antitruste que um órgão de proteção da concorrência pode fazer está limitada às matérias tratadas na Lei nº 8.884, de 1994 (à época vigente), dando a entender que outras temáticas (que não a eficiência econômica e a proteção do mercado e do consumidor) não poderiam ser tratadas especificamente pelo órgão antitruste. O Conselheiro Ruiz cita as seguintes questões que, aparentemente, entende excluídas da análise do Cade: inovação tecnológica, inserção externa, diversificação setorial e financiamento.

Mais adiante, porém, no § 85 do seu voto, o Conselheiro Ruiz afirma que um dos objetivos do TCD era o de criar incentivos para o desenvolvimento tecnológico e econômico do setor, sem afetar o seu processo de consolidação. No § 106 de seu voto, ao apresentar o item 3.3 da Cláusula Terceira do TCD, propõe que a Sadia e a Perdigão, após a fusão, deveriam exigir da futura adquirente dos seus ativos (no caso, viria a ser o Grupo Marfrig) a manutenção do nível de emprego da época da operação, por um prazo mínimo de seis meses. No TCD, também ficou determinada a obrigação de manutenção do nível de emprego durante o processo e por um prazo mínimo de seis meses após a alienação dos ativos para o novo entrante no mercado (Cláusula Quinta, item 5.1, letra “c”). Além disso, de modo bastante explícito, o Cade ressaltou, por meio da parte final da letra “h” dos seus *consideranda*, que teria por objetivo evitar aumento de preços ao consumidor, pois, além de proteger o consumidor individualmente ou coletivamente considerado, a manutenção de preços seria um fator de suporte na prevenção da inflação e no seu combate.

Uma leitura atenta do caso revela que o Cade, mesmo quando assegura que sua atuação se deva fazer de modo estritamente técnico e com vistas à maior

eficiência econômica, acaba tendo de considerar certos aspectos de ordem político-econômica, como a manutenção de empregos e o combate à inflação.

Não se quer dizer com isso que constitua missão institucional do Cade a preservação de empregos, o combate à inflação ou mesmo o incentivo à inovação e à tecnologia, à preservação do meio ambiente. Que tais valores terminam, de certo modo, influenciando as decisões, disso não restam dúvidas. No atual estágio de desenvolvimento das Ciências Sociais, das quais o Direito faz parte, acreditar na possibilidade (e mesmo na conveniência) de um Direito “puro”, imune de considerações de cunho social, político, cultural e até mesmo religioso, não nos parece mais possível.

Por fim, um último aspecto que chama a atenção no julgamento do caso BRF é o fato de não ter o Cade determinado nenhuma medida, no que diz respeito à atuação da empresa fora dos limites do mercado nacional. Na realidade, em relação às operações internacionais da BRF, o Cade simplesmente considerou que, em tese, não seriam importantes para o julgamento do caso, concentrando-se na análise das repercussões da fusão no mercado interno. Sabe-se que o Governo Federal apoiou, ainda que indiretamente, a iniciativa da fusão, como tentativa de criar um “gigante nacional” para o setor de alimentos. O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) emprestou recursos à Marfrig para a aquisição dos ativos da BRF, que deveriam ser alienados, conforme o Termo de Compromisso de Despenho firmado entre a BRF e o Cade. Talvez, sem os empréstimos especiais do BNDES, não se viabilizasse a aquisição dos ativos a serem alienados pela BRF como condição de eficácia da fusão.

Percebe-se que o Governo, ao incentivar o Grupo Marfrig por meio de empréstimos especiais do BNDES, acabou, de certo modo, ajudando a concretização da fusão da Sadia com a Perdigão, ao qualificar um agente nacional a adquirir os ativos que deveriam ser alienados, nos termos do TCD firmado entre BRF e Cade. Um dos objetivos centrais do Governo Federal, nessa operação, pode estar relacionado com a intenção de impulsionar as exportações brasileiras de carnes *in natura* (verdadeiras *commodities*) e, talvez por isso, o Cade tenha silenciado completamente acerca das operações da BRF no mercado externo. O silêncio do Cade sobre os impactos da fusão no mercado externo também pode ser explicado pelo fato de que a BRF não deteria uma parcela de mercado internacional capaz de

prejudicar a livre concorrência. Não é possível afirmar que essa tenha sido a opção do Cade ou se, por outro lado, o silêncio teria como motivo o incentivo às exportações ou um motivo de política econômica.

5.2.5. Direito brasileiro: o caso Visiona Tecnologia Espacial S/A: aplicação direta de políticas de desenvolvimento tecnológico, defesa nacional e soberania nacional

Um último e recente caso de ato de concentração econômica julgado pelo Cade merece especial atenção, uma vez que, muito embora o ato não apresentasse nenhum efeito anticompetitivo (trata-se de um empreendimento *greenfield*),¹⁶⁴ o Cade fez extensa referência às políticas de incentivo ao desenvolvimento tecnológico e da autonomia tecnológica brasileira, à defesa nacional e à soberania política e econômica como fundamentos para o julgamento.

Trata-se do caso Visiona,¹⁶⁵ empresa que tem por objeto social o desenvolvimento de satélites brasileiros, constituída a partir de uma *joint venture* entre a Embraer Defesa e Segurança Participações S/A e a Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebras. O caso foi submetido ao Cade em 18 de junho de 2012, pelo critério do faturamento (ambas as empresas superavam o valor-base definido no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884, de 1994), e julgado em 31 de outubro do mesmo ano, tendo sido analisado sob o procedimento sumário do controle de concentrações, nos termos do art. 8º, I, da Resolução Cade nº 2, de 29 de maio de 2012.

A operação consistiu basicamente na alteração do capital social da empresa Visiona Tecnologia Espacial S/A, que, antes da operação era detido exclusivamente pela Embraer Defesa. Após a operação, 51% passaram a pertencer à Embraer Defesa, e 49%, à Telebras.

¹⁶⁴ O termo, usual na literatura da Administração de Empresas, é utilizado na decisão do Cade. Um empreendimento ou projeto *greenfield* é aquele que pode ser considerado pioneiro, ou seja, não parte de outros negócios já existentes. No caso da Visiona Tecnologia, como o seu objeto social consiste na pesquisa e na construção de satélites geoestacionários, objeto não coincidente com as atividades já desenvolvidas pela Embraer e a Telebras, entendeu-se acertadamente que se tratava de um empreendimento *greenfield* e, portanto, de pequeno potencial ofensivo da concorrência.

¹⁶⁵ BRASIL. CADE. Ato de Concentração de autos nº 08700.004043/2012-21. Acórdão publicado no *Diário Oficial da União*, em 6 de novembro de 2012.

Ao analisar o caso, o Conselheiro Alessandro Octaviani Luís entendeu que o ato não representava nenhum prejuízo à livre concorrência e teceu alguns comentários acerca dos mercados nacional e internacional de tecnologia de defesa, concluindo que o Brasil precisava de investimentos pesados nessa área, por ser um dos países em desenvolvimento que menos investem em pesquisa aeroespacial. A iniciativa de constituição da *joint venture*, destarte, vinha a calhar com as necessidades brasileiras, especialmente no que tange à independência tecnológica da indústria de defesa nacional e ao progresso técnico.

O Conselheiro relator lembrou que as requerentes fundamentaram corretamente o seu pedido nos termos dos arts. 3º, II, 170, I, e 219 da Constituição da República, que tratam, respectivamente do desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República, da soberania nacional como princípio da ordem econômica constitucional e do incentivo ao mercado interno, que é patrimônio nacional, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.

No último tópico de seu voto, o relator apresentou uma série de argumentos acerca da articulação entre atuação direta do Estado na economia e articulação de políticas públicas com as políticas antitruste, e ressaltou que a Visiona está inserida no contexto do Programa Nacional de Atividades Espaciais (PNAE), que configura uma estratégia do Governo Federal para a produção de tecnologia genuinamente brasileira, tornando o País apto a produzir, e não apenas substituir os atuais satélites por novos produtos importados, com evidente ganho de autonomia tecnológica, econômica, cultural, científica e de segurança nacional.

A análise desse caso é bastante ilustrativa para o tema que se vem debatendo nesta tese, já que se trata de uma decisão recente do Cade, em que foram considerados múltiplos aspectos de políticas públicas, constitucionalmente orientadas, demonstrando que o antitruste, longe de ser um ramo hermético do ordenamento jurídico, tem de estabelecer o necessário e salutar diálogo com os demais ramos do Direito e com as demais políticas constitucionais, reforçando a percepção que se tinha quando foi lançado o tema-problema.

5.3. Alguns estudos quantitativos: a consideração de elementos extraeconômicos (político-jurídicos) em decisões da Comissão Europeia e a revisão judicial de decisões do Cade

O estudo do Direito comparado é sempre útil quando se está analisando um tema novo sobre o qual há pouco conhecimento, e mesmo quando se estuda tema já consagrado, mas que seja controverso e exija uma comparação de tratamento da questão em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Como visto nos parágrafos anteriores, foram expostos casos julgados pela Comissão Europeia e casos julgados pelo Cade, demonstrando, sob o prisma qualitativo de análise, que há uma espécie de convergência entre os dois sistemas, pelo menos quanto a não restringir a aplicação de políticas econômicas nos julgamentos antitruste.

A visão apresentada até agora focalizou o aspecto qualitativo, mediante o exame dos fundamentos, das virtudes e dos desacertos das decisões apresentadas. Ainda que não seja o objetivo específico desta tese uma demonstração empírica das hipóteses testadas, já que se trata de uma pesquisa jurídico-teórica, a apresentação de alguns estudos quantitativos recentemente realizados no Direito europeu e no Direito brasileiro talvez possa contribuir para ilustrar (e não demonstrar, necessariamente) que políticas econômicas e até mesmo políticas públicas, em geral, têm sido levadas em consideração em julgamentos antitruste.

Um estudo empírico realizado por Christopher Townley, professor do King's College London, analisando decisões da Comissão Europeia entre 1993 e 2004, portanto, em um intervalo de 10 anos, revelou que, em 32% dos casos analisados, a Comissão levou em consideração elementos políticos presentes no Tratado da Comunidade Europeia (TCE). Adiante, reproduz-se o gráfico criado por Townley, com suporte na pesquisa quantitativa realizada com base no Direito europeu.

A Importância da Política Pública nas Decisões Envolvendo o Art. 81 (3)

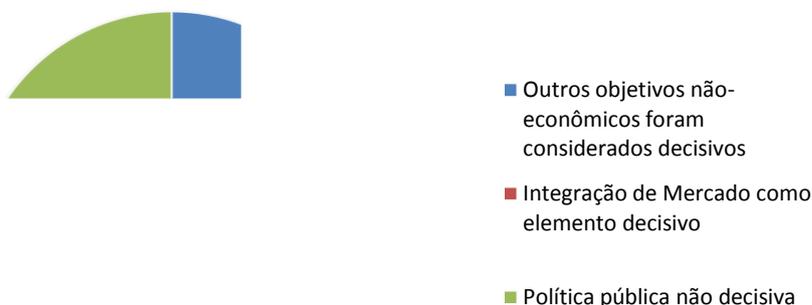


Gráfico 1 – Mapa de fundamentos das decisões da Comissão Europeia¹⁶⁶

No estudo da aplicação do art. 81 (3) do TEC (atual art. 101 (3) do TFUE), em julgados da Comissão Europeia, Tonwley analisou três grandes variáveis:

i) decisões em que questões de políticas públicas não foram consideradas relevantes para o julgamento (68% dos casos – em verde no gráfico);

ii) decisões em que as questões ligadas à integração do mercado comunitário foram levadas em consideração;

iii) decisões em que as políticas públicas, em estrito senso, foram levadas em consideração.

Somados os dois casos (integração de mercado e políticas públicas), chega-se a um percentual de 32% de casos em que a Comissão levou em consideração não apenas critérios econômicos (eficiência, mercado e bem-estar do consumidor), mas também outros critérios não econômicos, na maior parte dos casos, políticos.

Townley também elaborou uma tabela comparativa, a partir da qual foi gerado o gráfico acima, com o seguinte teor:

¹⁶⁶ TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC and public policy*. Oxford: Hart, 2009. p. 6. (Tradução livre do gráfico original).

Ano	Número total de casos, aplicando o art. 81 (3)	Número de casos aplicando o art. 81 (3), onde:			
		Integração do Mercado Europeu foi considerada decisiva		Outros objetivos não econômicos foram considerados decisivos	
		Número	%	Número	%
1993	3	0	0	2	67
1994	11	0	0	5	45
1995	1	0	0	0	0
1996	5	3	60	1	20
1997	2	0	0	0	0
1998	3	0	0	0	0
1999	12	1	8	2	17
2000	3	0	0	1	33
2001	5	0	0	1	20
2002	3	0	0	0	0
2003	3	1	33	0	0
2004	2	0	0	0	0
TOTAL	53	5	9,4%	12	23%

Tabela 1 – Decisões da Comissão Europeia, aplicando o art. 81 (1) do TCE¹⁶⁷

Da análise da tabela acima, que compila dados de julgamentos da Comissão Europeia em um intervalo de tempo de 10 anos, percebe-se que, em quase um quarto dos casos (23%), motivos não econômicos¹⁶⁸ foram adotados de modo decisivo pela Comissão, sem contar os julgamentos que tiveram por fundamento preponderante questões concernentes à integração dos Estados-Membros da União Europeia. A soma de julgamentos com fundamentação preponderante em critérios não econômicos e em critérios de integração comunitária chegou, como se vê na tabela e no gráfico anteriores, ao percentual de 32% dos casos, o que representa

¹⁶⁷ TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC and public policy*. Oxford: Hart, 2009. p. 321.

¹⁶⁸ Townley entende por motivos não econômicos todos os fundamentos que não estejam vinculados à eficiência econômica, proteção única e exclusiva da livre concorrência e o bem-estar do consumidor. Assim, considerações acerca de preservação de empregos, proteção do meio ambiente, incentivo às pequenas e médias empresas, segurança alimentar, segurança energética, dentre outros fatores, foram considerados por Townley como critérios não econômicos.

praticamente um terço de todas as decisões em que se discutiu a aplicação do art. 81 (3) do TCE.

Em outra tabela, mais completa, Townley comparou o número de casos em que objetivos não econômicos foram considerados decisivos e não decisivos pela Comissão Europeia, em julgamentos, aplicando tanto o art. 81 (1) como o art. 81 (3) do TCE, a seguir reproduzida:

Ano	Total de casos		Total de casos onde objetivos não econômicos do Tratado foram considerados, mas <u>não de modo decisivo</u>				Total de casos onde objetivos não econômicos do Tratado foram considerados <u>de modo decisivo</u>			
	Casos aplicando o Art. 81 (1)	Casos aplicando o Art. 81 (3)	Integração do Mercado		Outros objetivos não econômicos		Integração do Mercado		Outros objetivos não econômicos	
			Art. 81 (1)	Art. 81 (3)	Art. 81 (1)	Art. 81 (3)	Art. 81 (1)	Art. 81 (3)	Art. 81 (1)	Art. 81 (3)
1993	2	3	0	0	0	0	1	0	0	2
1994	6	11	0	0	0	3	3	0	0	5
1995	3	1	1	0	0	0	1	0	0	0
1996	4	5	0	0	1	2	2	3	0	1
1997	0	2	0	0	0	1	2	0	0	0
1998	4	3	0	0	0	0	2	0	0	0
1999	4	12	1	0	0	0	2	1	0	2
2000	7	3	0	0	0	2	3	0	0	1
2001	10	5	0	0	1	0	5	0	1	1
2002	8	3	0	1	0	1	8	0	0	0
2003	1	3	0	0	0	0	1	1	0	0
2004	3	2	0	0	0	0	1	0	0	0
TOTAL	52	53	2	1	2	9	31	5	1	12

Tabela 2 – Decisões da Comissão Europeia, aplicando os arts. 81 (1) e 81 (3) do TCE¹⁶⁹

Nesse estudo proposto por Townley, foram analisados 105 decisões proferidas pela Comissão Europeia entre 1993 e 2004, o que confere certa margem de segurança para a generalização dos resultados obtidos. Da análise de tal pesquisa quantitativa, depreende-se que, no Direito europeu, há uma forte tendência

¹⁶⁹ TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC and public policy*. Oxford: Hart, 2009. p. 322.

à aplicação de critérios não econômicos, de critérios não compreendidos dentro de uma avaliação de eficiência e bem-estar do consumidor. Isso pode levar à conclusão de que, no Direito da Concorrência Europeu, a eficiência econômica não é a meta central, sendo que a Comissão tem relativizado a importância da eficiência por meio de uma espécie de “balanceamento” com outros objetivos: integração de mercados e demais políticas presentes no TCE (atualmente, TFUE), tais como políticas ambientais, políticas de manutenção de emprego e de renda, políticas de segurança, política de transportes, políticas energéticas, políticas de incentivo às pequenas e às médias empresas, dentre outras.

A análise quantitativa proposta por Townley, então, pode ser considerada um indicativo de como políticas econômicas outras (que não a busca da eficiência e do bem-estar do consumidor) vêm sendo aplicadas em uma parte significativa dos julgamentos da Comissão Europeia, fornecendo um panorama do Direito da Concorrência na Europa.

No Brasil, contudo, não foram localizados estudos quantitativos que tenham por objeto especificamente a análise dos fundamentos das decisões do Cade, ou, se o órgão é mais ou menos propenso a acolher outros valores em seus julgados além da eficiência e do bem-estar do consumidor.

Há, contudo, uma pesquisa de enfoques quantitativo e qualitativo, recentemente divulgada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), que analisa a revisão judicial das decisões do Cade. Muito embora não trate tal pesquisa diretamente do conteúdo das decisões do Cade, em outros termos, se não analisa se os julgados levam em considerações elementos técnicos ou políticos, é possível depreender algumas conclusões que podem contribuir, ainda que indiretamente, para o esclarecimento do objeto desta tese.

A pesquisa,¹⁷⁰ realizada em parceria entre a SBDP, o Cade e a FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), revelou que, em quase metade dos casos submetidos ao Poder Judiciário, ocorreu a reforma da decisão, tendo o Judiciário efetivamente examinado o mérito administrativo das decisões do Cade,

¹⁷⁰ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

não se restringido apenas ao controle de legalidade dos aspectos formais do processo.

Os resultados dessa pesquisa revelam a desconstituição do difundido mito de que o Poder Judiciário não teria capacidade e instrumental técnico para examinar e compreender o mérito das decisões do Cade.¹⁷¹ Na pesquisa, foram analisados 52 recursos, correspondentes a 43 processos judiciais distribuídos aos Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, referentes a 39 casos julgados pelo Cade.

Nos processos com decisão transitada em julgado, revelou-se que, em 10 dos 21 casos julgados, o Judiciário revisou o entendimento do Cade, e, nos outros 11, o posicionamento da Autarquia foi mantido. Interessante observar que dos 10 casos com sentenças transitadas em julgado em que houve a revisão do posicionamento do Cade, apenas dois casos se referem a questões formais, como vícios de procedimento ou cerceamento de defesa. Dos casos ainda não transitados em julgado, a pesquisa apontou uma tendência de aumento da revisão das decisões do Cade, sendo que, em 12 dos 17 casos, os Tribunais revisaram a decisão do Conselho.

O gráfico a seguir, extraído da pesquisa em comento, revela claramente os números aqui discutidos, fazendo remissão aos casos com decisão judicial ainda não transitada em julgado, pendentes de recurso.

¹⁷¹ O argumento de que o Poder Judiciário não teria capacidade de compreender e julgar o mérito de decisões do Cade diante da alta complexidade técnica dos casos foi durante muito tempo largamente difundido na literatura jurídica brasileira. A análise empírica empreendida pela SBDP, aqui apresentada, contudo, revelou que o Poder Judiciário não tem, de fato, deixado de analisar o mérito de decisões do Cade, a despeito de sua complexidade. Na realidade, há várias demandas complexas, além das relacionadas à defesa da concorrência, que têm sido submetidas e efetivamente decididas pelo Poder Judiciário, como, por exemplo, intrincados casos envolvendo bioética (organismos transgênicos, cirurgias de mudança de sexo, células-tronco, clonagem de embriões, ortoeutanásia), direito de família (união homoafetiva, adoção de crianças por casais homossexuais, etc.), responsabilidade estatal por erros de política econômica (especialmente os casos relativos ao pró-álcool e os expurgos inflacionários dos planos Bresser, Verão e Collor) e direito social (a questão das ações afirmativas, em especial, as cotas de Universidades públicas). As transformações sociais e o progresso científico e tecnológico têm gerado demandas que refletem a complexidade social, demandas estas talvez até mais complexas que questões antitruste e, nem por isso, o Poder Judiciário tem deixado de analisar o mérito dos litígios que lhe são submetidos. Em entrevista concedida à Resenha Eletrônica do Ministério da Fazenda, Arthur Badin (Ex-Presidente do Cade), assim se manifestou sobre o tema: “Por fim, dizer que o magistrado não está preparado para alcançar a complexidade técnica da matéria tratada pelo Cade é uma estultice: à magistratura brasileira já são confiadas outras matérias tão ou mais complexas e relevantes para a sociedade que direito e economia da concorrência.” (Entrevista publicada em 27.10.2006, na Resenha Eletrônica do Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/mostramateria.asp?page=&cod=330523>>. Acesso em: 12.10.2012).

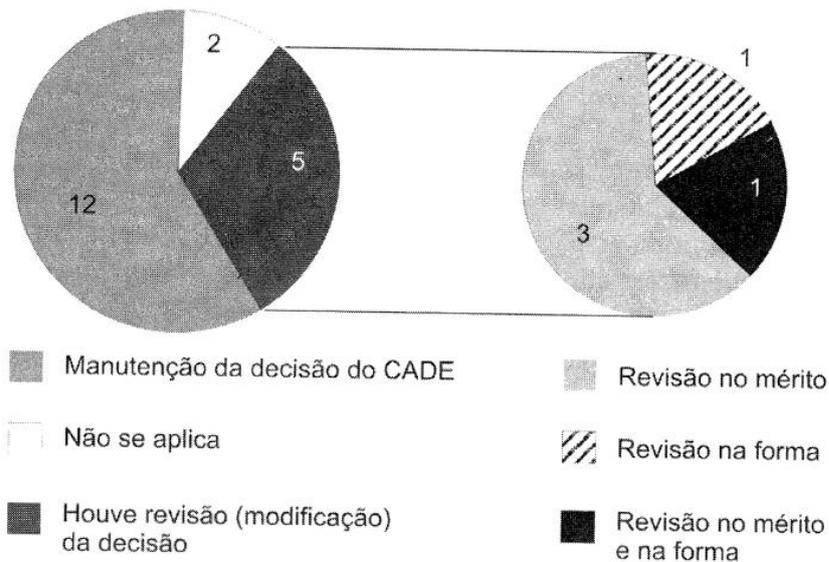


Gráfico 2 – Decisões judiciais ainda não transitadas em julgado: revisão das decisões do Cade¹⁷²

Outro gráfico, também extraído da pesquisa realizada pela SBDP, revela a situação de casos julgados em definitivo pelo Poder Judiciário, ou seja, abrange apenas os casos com decisão já transitada em julgado:

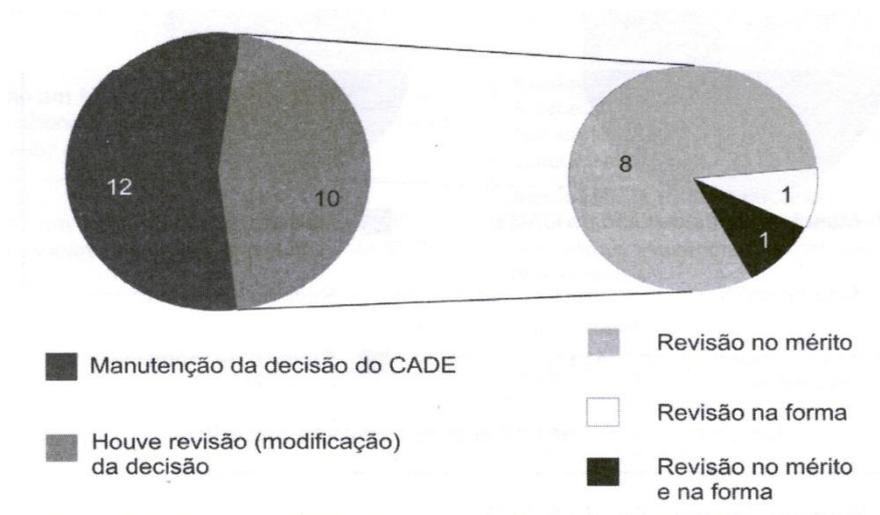


Gráfico 3 – Decisões judiciais transitadas em julgado: revisão das decisões do Cade¹⁷³

Analisando os gráficos apresentados, bem como os dados que foram utilizados pela SBDP, é possível concluir que o Poder Judiciário tem efetivamente analisado o mérito das decisões do Cade, em muitos casos revisando (alterando) o

¹⁷² SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27.

¹⁷³ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, 2011, op. cit. p. 29.

juízo da Autarquia em praticamente metade das decisões transitadas em julgado até o ano de 2011.

Muito embora a pesquisa aqui apontada não tenha efetivamente analisado os fundamentos das decisões do Cade, é possível depreender que, em alguns casos, o Poder Judiciário levou em consideração não apenas razões de ordem estritamente técnico-econômica, mas também outros elementos presentes na ordem jurídico-econômica. Segundo as conclusões do relatório da pesquisa empreendida pela SBDP, os Tribunais brasileiros acabaram por afastar o argumento de que a atuação do Cade se daria em bases técnicas capazes de mitigar ou dificultar o controle judicial. Na realidade, como se vê dos gráficos, a maior parte das decisões judiciais não se relaciona com a revisão dos julgados do Cade, em razão de vícios de forma ou de erro de procedimento. Pelo contrário, na maior parte dos casos em que houve a revisão (oito em dez casos já transitados em julgado, e três em cinco casos pendentes de recurso), o Judiciário adentrou o mérito, tendo proferido juízo qualitativo acerca da interpretação e aplicação das normas antitruste pelo Cade.

O trabalho desenvolvido pela SBDP mereceria aprofundamento para se saber que razões o Poder Judiciário tem levado em consideração nos casos em que houve revisão das decisões do Cade. Mesmo que esse aprofundamento não tenha sido feito, o estudo revelou questões muito importantes, como se viu aqui, que podem sinalizar como o Direito da Concorrência vem sendo aplicado no Brasil.

6 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA ENTRE A TÉCNICA E A POLÍTICA: POR UMA PROPOSTA CONCILIADORA

A questão central nesta tese não é indagar se o Cade é uma entidade técnica ou política. Essa pergunta estaria mal apresentada. O Cade não é uma entidade técnica e também não é um órgão político do Governo. O Cade é uma autarquia¹⁷⁴ federal que exerce função judicante para a tutela de bens e direitos da coletividade.¹⁷⁵ Nessa qualidade, deve levar em consideração, nos seus julgamentos, todas as questões que possam influenciar a tomada de decisões, especialmente questões técnicas econômicas e questões jurídicas, mas isso não quer dizer que outras questões relevantes sejam desconsideradas, tais como as relativas às políticas econômicas.

Por isso, a questão que se apresenta é saber que espaço as políticas econômicas devem ocupar no processo de tomada de decisões do Cade. A resposta a essa indagação não é fácil nem simples. Não é fácil, porque há um grande número de objeções e restrições à aplicação de elementos de ordem política às decisões de um órgão administrativo com função judicante.¹⁷⁶ A resposta também não é simples, porque a solução parece não ser a exclusão de um ou de outro elemento (o técnico e o político), mas sim a conjugação de ambos, na busca de um equilíbrio harmônico e dinâmico, capaz de assegurar que objetivos constitucionais da tutela da livre concorrência sejam atingidos efetivamente.

Neste capítulo, tentar-se-á responder a esses questionamentos. Na primeira parte, serão apresentados os principais argumentos contrários à consideração de elementos políticos nas decisões do Cade. Na segunda parte, serão explicados os principais argumentos favoráveis à incorporação de elementos políticos nas decisões do Cade. Na terceira parte, serão expostas as críticas aos argumentos antes apresentados, propondo que a consideração de elementos de políticas

¹⁷⁴ Lei n° 12.529, de 2011, art. 4°. Ressalte-se que a transformação do Cade em autarquia pela Lei n° 8.884/1994 já representava, à época, que tal órgão deveria estar dotado de autonomia compatível com a função judicante que desempenha. No regime da Lei atual, a natureza jurídica do Cade foi mantida, justamente em prestígio da autonomia e imparcialidade que a entidade deve ter, não se subordinando a interesses públicos ou privados, razão pela qual suas decisões são irrecorríveis no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revisadas unicamente pelo Poder Judiciário.

¹⁷⁵ Lei n° 12.529, de 2011, art. 1°, parágrafo único.

¹⁷⁶ Atualmente, a teor do disposto no art. 6° da Lei n° 12.529, de 2011, o órgão julgador ganhou a denominação de Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

econômicas constitucionais (e não de quaisquer elementos políticos) nos julgamentos do Cade pode servir como fator de legitimidade de suas decisões. Por fim, na quarta parte, serão propostos alguns critérios e balizamentos, a serem seguidos pelo Cade, quando da consideração de elementos de políticas econômicas constitucionais em seus julgamentos.

6.1 Os argumentos contrários à consideração de elementos políticos na fundamentação das decisões do Cade

Os estudiosos¹⁷⁷ do Direito da Concorrência que se posicionam contrariamente à aplicação de elementos políticos como argumentos válidos para a fundamentação de decisões do Cade levantam uma série de razões importantes para justificar sua posição.

Os principais argumentos apresentados nesse sentido podem ser divididos em duas grandes categorias: argumentos de ordem teórica e argumentos de ordem prática. Os argumentos de ordem teórica são aqueles ligados à concepção geral do Direito, da Economia, da Ciência e da Política e suas peculiaridades e limitações. Já os argumentos de ordem prática são aqueles apresentados como verdadeiras objeções de conveniência e de possibilidade prática da aplicação dos elementos de política econômica às decisões do Cade.

No grupo dos argumentos de ordem teórica, destacam-se os seguintes:

- i) o Direito da Concorrência é um ramo da Ciência do Direito e, por isso, não pode ser confundido com a Política;

¹⁷⁷ BORK, Robert H. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. In: *Journal of Law and Economics*, v. 9, Oct. 1966. The University Chicago Press.; SCHAUB, Alexander. *Competition policy objectives*. In: EHLERMANN, Claus Dieter; et alii (Org.). *European Competition Law Annual 1997: The objectives of competition policy*. Oxford: Hart Publishing, 1998.; HAWK, Barry E. *The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?*, 9 *European Competition Law Review*, V. 1, 1988.; Herbert HOVENKAMP, Chicago and its Alternatives, 1986. *Duke Law Journal* 1014-1029 (1986); AREEDA, Phillip; TURNER, Donald F. *Antitrust Law*. Boston: Little, Brown, 1978; ODUDU, O. *The Boundaries of EC Competition Law – The Scope of Article 81*. Oxford: Oxford University Press, 2006.; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.; DEL CHIARO, José; PEREIRA JÚNIOR, Ademir A. *Sistema antitruste: política ou técnica?* In: Caderno E2 - *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 19, 20 e 21 de fevereiro de 2010; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *O CADE e o exame dos atos de concentração de empresas*. Repertório IOB de Jurisprudência. N. 10. 2ª quinzena de maio de 1995; DUTRA, Pedro. *A Concentração do Poder Econômico – Jurisprudência Anotada*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- ii) os elementos políticos somente devem ser levados em consideração no momento de elaboração das normas jurídicas (durante o processo legislativo), e não no momento de aplicação de tais normas (durante o processo administrativo ou judicial), momento este em que deveria imperar a técnica jurídica e econômica;
- ii) o Direito e a Economia seriam ciências desprovidas de elementos políticos, morais, religiosos, ou de quaisquer outros elementos valorativos ou axiológicos e, por isso, as decisões dos órgãos de proteção da concorrência não deveriam incorporar fundamentos e motivações calcados em valores extraeconômicos ou extrajurídicos;

No grupo dos argumentos de ordem prática, destacam-se os seguintes:

- i) a aplicação de elementos de política econômica como argumentos para a fundamentação de decisões do Cade abriria a possibilidade de manipulação das entidades de proteção da concorrência por grupos político-partidários;
- ii) a fundamentação de decisões com base em elementos políticos poderia implicar a violação da autonomia e da independência dos órgãos de defesa da concorrência;
- iii) a introdução de elementos políticos no processo decisório poderia resultar em insegurança jurídica dos administrados, já que razões não técnicas poderiam ser invocadas para fundamentar uma decisão contrária aos interessados no processo, podendo derivar, até mesmo, para perseguições políticas;

Nessa linha de cogitações, sustenta-se que o Cade deve considerar apenas fundamentos de ordem técnica e científica, deixando de lado os elementos políticos que poderiam influenciar as suas decisões. Nessa linha, escreve Robert H. Bork, defendendo a ideia de que o único objetivo do Direito Antitruste é atingir a eficiência e, com isso, assegurar o bem-estar do consumidor. Bork afirma expressamente que, ao estudar os Anais do Congresso norte-americano, chegou à conclusão de que o Congresso pretendia, com o *Sherman Act*, que os Tribunais levassem em conta, na

decisão dos casos, apenas o bem-estar do consumidor.¹⁷⁸ Explica Bork que os Tribunais deveriam julgar questões antitruste, buscando a maximização da riqueza e a satisfação do consumidor, levando em consideração a distinção entre as condutas, que aumentam a riqueza por meio da eficiência, e aquelas que a diminuem por meio da restrição da produção ou da diminuição da oferta ao consumidor.

A justificativa apresentada pelos que entendem que a preservação da livre concorrência teria como único objetivo o bem-estar do consumidor é que, ao se maximizar a oferta ao consumidor, toda a sociedade seria beneficiada. O aumento do bem-estar individual de cada consumidor, diante da maximização da oferta, implicaria automaticamente o aumento do bem-estar geral. É importante aqui registrar que a maioria dos autores que defendem esse ponto de vista é formada por juristas norte-americanos que, ao se referirem ao bem-estar do consumidor, em verdade estão-se referindo ao bem-estar de todo e qualquer adquirente ou usuário de produtos ou serviços, e não apenas ao consumidor como destinatário final. Ao se transportar essas teorias para o Brasil, é preciso ter esse cuidado, já que o termo "consumidor", no Direito brasileiro, possui sentido estrito: somente é considerado consumidor, para efeitos jurídicos, aqueles que se enquadram no conceito jurídico estabelecido pelo art. 2º da Lei nº 8.078, de 1990.

Mesmo com as adaptações semânticas, não parece adequado concluir que, ao se assegurar o bem-estar de todos os adquirentes de produtos e serviços, estar-se-ia assegurando o bem-estar coletivo. A riqueza coletiva que se pretende preservar e maximizar por meio da proteção da livre concorrência não pode ser reduzida simplesmente ao aumento da quantidade de bens ofertados no mercado, porque outros valores que não o do consumo são igualmente importantes para a sociedade. Ademais, há inúmeros casos em que o julgador e o legislador se veem diante de conflitos entre o bem-estar do consumidor e outros valores sociais.¹⁷⁹

¹⁷⁸ BORK, Robert H. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. In: *Journal of Law and Economics*, The University Chicago Press, V. 9, p. 7, Oct. 1966.

¹⁷⁹ A título de ilustração, veja-se o conflito entre bem-estar do consumidor e preservação ambiental, no caso da Lei Municipal nº 9.529, de 2008, que proibiu o fornecimento e a venda de sacolas plásticas aos consumidores por estabelecimentos comerciais, no Município de Belo Horizonte. A lei teve como finalidade reduzir o impacto ambiental gerado pelos resíduos plásticos, sabidamente poluentes do solo e das águas. Ao proibir a distribuição de sacolas plásticas, porém, a lei também teve efeito direto sobre o bem-estar dos consumidores, que passaram a não mais poder contar com a comodidade de receber tais sacolas para armazenar e transportar suas compras. Viram-se, com isso, compelidos a adquirir sacolas biodegradáveis, postas à venda nos estabelecimentos comerciais, para

Além do argumento de que a maximização de riqueza do consumidor seria uma forma de se atingir automaticamente o bem-estar geral, entendem os partidários dessa corrente que a maximização da oferta do consumidor seria também a melhor maneira de distribuir renda na sociedade. O antitruste não deveria ter nenhuma preocupação com aspectos distributivos de riqueza, mas tão somente com a sua maximização, porque a distribuição de riqueza aconteceria num segundo momento, por meio de mecanismos de mercado, que seriam os mais eficientes para a distribuição de recursos entre os próprios consumidores. Para esses autores, o Direito da Concorrência, como modalidade de intervenção estatal, deveria restringir-se, o quanto possível, a uma espécie de Direito Antitruste mínimo, similar às ideias dos defensores de um Direito Penal mínimo, já que partem do pressuposto de que o mercado é sempre mais eficiente que o Estado (e que as autoridades antitruste), para alocar e distribuir recursos escassos.¹⁸⁰

Outros autores, na esteira de José Del Chiaro e Ademir A. Pereira Júnior, afirmam que o Cade não se deve valer de elementos políticos para a fundamentação de suas decisões, sob pena de pôr em risco os princípios da imparcialidade do julgador e da segurança jurídica dos administrados. Além disso, entendem que a legislação antitruste brasileira procurou estabelecer mecanismos para assegurar a imparcialidade do Cade e sua independência, em relação ao Governo inclusive. Citam, como exemplo, o fato de ser o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica um órgão colegiado, para evitar que posições pessoais pudessem influenciar os seus julgamentos; o fato de as decisões do Cade serem finais e definitivas, no âmbito do Poder Executivo, não sendo passíveis de revisão nem mesmo pelo Presidente da República; o fato de ser o Cade uma autarquia federal, dotada de autonomia administrativa e financeira. No dizer de Del Chiaro e Pereira Júnior,¹⁸¹ o julgador elegeria certas teorias econômicas como adequadas à interpretação dos termos da legislação, e assim passaria a aplicar o direito orientado pela técnica, e não por motivos ideológicos, políticos ou partidários, devendo evitar, o máximo possível, fundamentar suas decisões de acordo com o momento político. Para tais

acomodar suas compras, incorrendo (pelo menos em tese) em transferência de riqueza dos consumidores para os fornecedores.

¹⁸⁰ Para uma crítica dessa visão na doutrina norte-americana, ver FOX, Eleonor M. *The efficiency paradox*. In: PITOSFKY, Robert et alii. *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-85.

¹⁸¹ DEL CHIARO, José; PEREIRA JÚNIOR, Ademir A. *Sistema antitruste: política ou técnica?* In: Caderno E2 - *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 19, 20 e 21 de fevereiro de 2010.

autores, uma vez estabelecida a legislação e escolhidas as teorias econômicas aplicáveis ao caso, o processo decisório não deveria sofrer nenhuma influência política, constituindo-se em atividade essencialmente técnica. Argumentam, ainda, que a Lei de Defesa da Concorrência estaria marcada por uma série de mecanismos institucionais que teriam por objetivo limitar a influência da esfera política sobre o processo decisório, privilegiando assim a técnica nas decisões.

A crítica de Del Chiaro e Pereira Júnior, no que se refere ao fato de que os julgadores não deveriam sofrer influências políticas externas (*lobby*) no momento de decidir, parece muito acertada e pertinente. As influências políticas existem em toda e qualquer sociedade e devem existir, são expressões da opinião, da vontade e do poder político dos grupos da sociedade civil organizada. Tais pressões, porém, devem ficar restritas aos processos de elaboração das normas, e não aos processos de sua aplicação. O exercício (lícito) de pressões por parte de grupos da sociedade sobre o Congresso Nacional em nada afeta a democracia; pelo contrário, fortalece-a, na medida em que os vários segmentos da sociedade passam a exercer efetivamente controle sobre os seus representantes eleitos. Quando essas influências começam, no entanto, a ser exercidas sobre os aplicadores das normas criadas pelo Congresso (Cade, Poder Judiciário e outros órgãos judicantes), na tentativa de influenciar uma decisão sobre um caso concreto, tornam-se indesejáveis, sob o ponto de vista democrático, e ilícitas, sob o ponto de vista do Direito. Na etapa de criação das normas, as influências podem ser bem-vindas, já que a norma valerá para todos, e ninguém sabe exatamente se será ou não um dia afetado pela sua aplicação. Quando, porém, da aplicação da norma ao caso concreto, o momento é outro e, para assegurar a isonomia e justiça na solução do caso, não é mais possível admitir intervenções políticas concretas, ou intervenções que tenham por objetivo determinar quem será beneficiado ou prejudicado pela decisão.¹⁸²

Existe, porém, outro argumento apresentado por Del Chiaro e Pereira Júnior, com o qual não se pode concordar. É que tais autores, uma vez estabelecidas as normas e escolhidas pelo Cade as teorias econômicas que nortearão a análise do

¹⁸² Aqui se resgata, em certa medida, a ideia do “véu da ignorância”, que é um dos conceitos basilares para o desenvolvimento da Teoria da Justiça de Rawls. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

caso, não esclarecem em que bases os julgadores fariam a “escolha” das teorias econômicas que norteariam a análise dos fatos e a interpretação das normas a eles aplicáveis. Entende-se que, nesse momento, no momento de “escolha” das teorias econômicas (e até mesmo do tipo de enquadramento legal do caso), o Cade estaria fazendo uma opção que deve levar em consideração as políticas econômicas constitucionais.

Apesar dos relevantes argumentos apresentados pelos estudiosos que se contrapõem à aplicação de elementos de políticas econômicas no processo decisório do Cade, este trabalho adota o entendimento contrário, já que refutáveis os argumentos apresentados. Antes, porém, de se apresentarem as razões que se entende existir, para a refutação das críticas aqui expostas, examinar-se-ão os argumentos favoráveis à aplicação de elementos políticos, históricos e culturais, atualmente sustentados pela literatura jurídica.

6.2 Os argumentos favoráveis à aplicação de elementos políticos na fundamentação nas decisões do Cade

Se, como visto aqui, há vários autores de renome que entendem que a livre concorrência e o Direito antitruste não deveriam ter outros objetivos e fundamentos além da eficiência econômica e do bem-estar do consumidor, outros estudiosos da matéria têm pensamento diverso e asseguram que os objetivos maiores do Direito Antitruste transcendem a meta de simples maximização de riqueza econômica.

Richard Whish¹⁸³ chama atenção para o fato de que nem sempre deverá prevalecer a eficiência econômica pura e simples e, desse modo, a visão meramente técnica fornecida pela Economia não seria suficiente, por si só, para fundamentar as decisões dos órgãos antitruste. Há outros valores em jogo, como, por exemplo, políticas industriais, preservação do meio ambiente, preservação do nível de emprego e de renda, desenvolvimento regional e cultural, proteção das pequenas empresas, dentre outros fatores de política econômica que vão além da busca de eficiência em sentido estrito. O mesmo entendimento é esposado por João Bosco

¹⁸³ WHISH, Richard. *Competition Law*. 5. ed. Oxford University Press: New York, 2005. p. 152

Leopoldino da Fonseca.¹⁸⁴ Ao se referir à obra de Whish, afirma que, historicamente, nem sempre existiu uma única finalidade para o Direito Antitruste, uma vez que as políticas de proteção e garantia da concorrência não existem em abstrato. Pelo contrário, as políticas de defesa da concorrência revelam a expressão dos valores aceitos pela sociedade e consolidados no discurso jurídico da Constituição de cada povo. Cada ordenamento jurídico, em cada época histórica, possui tensões que impulsionam e informam as políticas adotadas, as políticas antitruste inclusive. Por isso, assegura João Bosco Leopoldino da Fonseca que, não obstante as preocupações econômicas sejam centrais no Direito da Concorrência, deixar de considerar os fatores não econômicos significaria ignorar as bases da legislação antitruste e o consenso político em que o antitruste encontrou fundamento.

Em artigo intitulado *The political content of antitrust*, Robert Pitofsky defende a ideia de que elementos de racionalidade não econômica, ou, pelo menos, não exclusivamente econômica, devem ser levados em consideração na análise do Direito Antitruste. Pitofsky entende que o julgamento de questões concorrenciais não pode ser resumido a uma discussão unicamente técnica e econômica. Para esse autor, há razões políticas que perpassam toda a história do Direito Antitruste, e a correta concretização da vontade do povo norte-americano (*political consensus*) refletido pelo Congresso Norte-Americano (*will of Congress*) (a legitimidade do Direito Antitruste) depende da consideração de elementos políticos, quando da aplicação das normas de proteção da concorrência. Para Pitofsky, a partir do momento em que economistas e advogados obtiveram grande sucesso em influenciar os Tribunais a adotar uma abordagem exclusivamente econômica nas questões de antitruste, o Direito da Concorrência teve a sua legitimidade ameaçada. Pitofsky afirma explicitamente que,

Provavelmente nunca houve um período comparável à última década, quando economistas e advogados obtiveram grande sucesso em influenciar os Tribunais a adotar uma abordagem exclusivamente econômica nas questões de antitruste. Neste artigo, eu vou defender um ponto de vista diferente. É história equivocada, má política e mau Direito excluir alguns valores políticos ao interpretar o direito antitruste.¹⁸⁵ (Tradução livre).

¹⁸⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito da Concorrência e desenvolvimento. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n° 103, p. 205-231, jul-dez., 2011.

¹⁸⁵ PITOFSKY, Robert. The political content of antitrust. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n° 4, p. 1051, 1979.

Mais adiante, o mesmo autor conclui que “Embora as preocupações de ordem econômica possam permanecer fundamentais, ignorar esses fatores não econômicos seria ignorar as bases da legislação antitruste e do consenso político, no qual o antitruste se tem apoiado”¹⁸⁶ (tradução livre do original em inglês).

Ao analisar a adoção de argumentos de política econômica nos julgamentos da Comissão Europeia, Christopher Townley informa que, no Direito Comunitário, há dois pontos de vista conflituosos. Há aqueles que afirmam que a proteção da concorrência tem como único objetivo a maximização de riqueza e, esta entendida como o bem-estar do consumidor, e, outro ponto de vista, o daqueles que defendem a ideia de que há outros valores a serem levados em consideração pelo Direito da Concorrência, tais como a preservação do meio ambiente, os valores culturais, históricos e os demais desejos da sociedade. Townley¹⁸⁷ ressalta que a concepção e a aplicação do direito da concorrência se referem a dois extremos no debate sobre os objetivos da política antitruste. Em um dos polos, está a concepção de que o único objetivo da política de concorrência é o de maximizar a eficiência econômica. Para essa corrente, não haveria espaço para a consideração de elementos sociopolíticos no antitruste, tais como questões ambientais, manutenção de emprego e (re)qualificação de mão de obra, desenvolvimento de novas tecnologias, incentivo às pequenas e às médias empresas. Já a corrente oposta, segundo Townley, assevera que a defesa da concorrência se baseia em valores múltiplos, que não podem ser reduzidos a um único objetivo econômico. Esses valores refletem os desejos da sociedade, a cultura, a história, as instituições e até mesmo as reflexões sobre a condição humana. Esses valores não podem e não devem ser ignorados na aplicação da lei de proteção da concorrência.

Em outra passagem, referindo-se ao direito da concorrência norte-americano, Townley relembra que, em determinados momentos históricos, como no caso da depressão dos anos 1930, certas condutas colusivas para formação de preços foram toleradas, pois o Governo norte-americano estava preocupado em evitar que muitas empresas consideradas importantes para a Economia dos Estados Unidos fossem eliminadas do mercado. Townley afirma que as normas antitruste foram

¹⁸⁶ PITOFKY, Robert. 1979, op. cit. p. 1075.

¹⁸⁷ TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC and public policy*. Oxford: Hart, 2009. p. 1.

implementadas com maior leniência durante a Grande Depressão dos anos 1930.¹⁸⁸ Em certos momentos, mesmo países com larga tradição neoliberal, tiveram de rever seus posicionamentos quanto à intervenção estatal nos mercados.¹⁸⁹

Keneth Elzinga, em artigo dedicado ao estudo dos objetivos do Direito Antitruste norte-americano, também se posiciona favoravelmente à adoção de argumentos de ordem política na aplicação das normas de defesa da concorrência. Segundo afirma, saber se a política antitruste promove, ou deveria promover, objetivos sociais além da eficiência e da competitividade é uma questão que merece muita reflexão, pois o tema é fonte de muita controvérsia. Segundo esse autor, uma leitura dos debates do Congresso (norte-americano) sobre o *Sherman Act* e sobre o *Clayton Act* não revelaria em momento algum que a vontade do Congresso (*will of Congress*) seria a de tomar a eficiência como objetivo único do Antitruste. Segundo ele, os registros das discussões que antecederam a votação do *Sherman Act* e do *Clayton Act* revelam que a eficiência deveria ser um objetivo central de defesa da concorrência, mas não o único. Conseqüentemente, tornar-se-ia importante analisar os objetivos sociais e políticos, além da eficiência que o antitruste deve perseguir.¹⁹⁰

No Brasil, João Bosco Leopoldino da Fonseca, em recente artigo publicado na *Revista de Estudos Políticos* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, também se posiciona sobre o tema, entendendo que o Direito da Concorrência não tem como única finalidade a proteção da livre concorrência e tampouco o bem-estar do consumidor, singularmente considerado. Admite que o Direito da Concorrência tem outras finalidades. Em sua opinião, uma leitura das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos evidencia que foram aceitas múltiplas finalidades políticas, começando com uma preocupação com a promoção

¹⁸⁸ TOWNLEY, Christopher, 2009, op. cit. p. 27.

¹⁸⁹ Um exemplo recente de mudança de postura no que diz respeito ao papel que o Estado deve desempenhar na economia pode ser observado desde a eclosão da “crise do *subprime*” nos Estados Unidos da América, que acabou propagando-se globalmente em uma crise econômica e financeira mundial, que se iniciou em 2008 e continua produzindo efeitos até a atualidade. Durante o auge da crise, nos anos de 2008 e 2009, o Governo norte-americano atuou fortemente na economia, a ponto de injetar dinheiro público em algumas empresas privadas que estavam ameaçadas de insolvência, como, por exemplo, a General Motors e a Ford Motors. Além disso, o Governo assumiu o controle de uma das maiores seguradoras do país, a AIG.

¹⁹⁰ ELZINGA, Keneth. The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts? In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, n^o 6, p. 1191, Jun., 1977.

de uma boa performance do mercado e caminhando para uma avaliação de bem-estar.¹⁹¹

O objetivo imediato do Direito Antitruste é a tutela da livre concorrência. Como objeto mediato, porém, outros valores e princípios devem ser considerados. Em dissertação de mestrado em Administração Pública e de Empresas, defendida no programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas, sob a orientação do Dr. Istvan Kasznar, Carmem Diva Beltrão Monteiro afirma que o objetivo central da política antitruste é proteger a competição entre os agentes de mercado, mas que tal proteção não é um fim em si mesmo; pelo contrário, representa um meio para se atingirem outros e superiores valores.¹⁹²

Paula Forgioni, ao se debruçar sobre o estudo dos fundamentos gerais do Direito da Concorrência, conclui que as normas antitruste devem funcionar como um instrumento de implementação de políticas públicas. As decisões em matéria concorrencial devem observar elementos de política pública. A própria decisão de aplicar ou não a norma antitruste, pelas vias de concessão de autorização ou de isenção da sua aplicação é, em si, um vestígio de que tais normas devem ser aplicadas segundo critérios de política econômica. Forgioni afirma que

O fato é, entretanto, que sempre e cada vez mais, a Lei Antitruste, em vários países do mundo, tem sido utilizada como instrumento de política pública. Essa realidade é inegável, independentemente das opiniões da doutrina dominante ou da retórica oficialmente adotada.

[...]

A técnica, no que diz respeito ao antitruste, segue sendo indispensável à consecução de seus fins. Mas essa mesma técnica, especialmente no

¹⁹¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito da Concorrência e desenvolvimento. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, nº 103, p. 217, jul-dez. 2011. O autor afirma que: “O equilíbrio entre os poderes, evitando sua apreensão por uma oligarquia industrial, foi uma ideologia aceita desde a formatação do pensamento constitucional americano. O *Tunney Act* de 1974 autoriza os Tribunais a levar em consideração a finalidade do interesse público, e nessa linha da ideologia do sistema político assegurar que o poder de um grupo seja contrabalançado pelo poder de outro.”

¹⁹² MONTEIRO, Carmem Diva Beltrão. *Política antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro*. 2003. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Escola Brasil de Administração Pública e de Empresa da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2003. p. 99. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3388/CarmenMonteiro.pdf?sequence>> . Acesso em: 15 de novembro de 2012.

A autora afirma textualmente que “Longe de se resolver, a polêmica em torno da consideração de pesos e prioridades relativos a estes e outros objetivos permanece acirrada; desse debate, as áreas de consenso identificadas por Khemani (1998) são: (i) o objetivo da política antitruste é proteger a competição, reprimindo quaisquer práticas, privadas ou públicas, que interfiram negativamente no processo competitivo; (ii) o processo competitivo deve ser protegido não para manter e promover a competição pela competição, e sim para alcançar outros objetivos. Esta é a consagração do entendimento de que a política antitruste não é um fim em si mesma, mas um instrumento para alcançar outros fins.”

quadro da Constituição Brasileira, não pode ser reduzida a um fim em si mesma, conduzindo o sistema antitruste (ou de defesa da concorrência) à concretização de um único valor, em contexto estranho à implementação de políticas públicas.¹⁹³

Isabel Vaz¹⁹⁴ defende a ideia de que o Direito da concorrência não visa somente à maximização da riqueza e do bem-estar do consumidor. Muitos outros objetivos previstos na Constituição Federal também devem ser levados em consideração nas questões concorrenciais. A livre concorrência, no dizer da autora, não é um valor-fim, mas sim um valor-meio; antes, trata-se de um instrumento para a consecução de outros objetivos maiores, isto é, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, atendidos os princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja finalidade maior é a assegurar a todos existência digna. Isso porque o princípio da livre concorrência faz parte de um conjunto de preceitos aplicáveis às atividades econômicas, inserido, por sua vez, no Título Sétimo da Constituição da República. Além disso, a Lei nº 12.529, de 2011, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações da ordem econômica como um todo, não se limitando unicamente à defesa da livre concorrência.

Ana Maria Nusdeo, ao abordar as interfaces entre Direito da Concorrência e globalização econômica, informa que a aplicação das normas antitruste deve ser orientada pelos princípios da ordem econômica, que funcionariam como uma espécie de pauta a ser observada pelo aplicador do Direito e, nesse contexto, afirma que as políticas públicas adotadas pelo ordenamento jurídico também serviriam como diretrizes para a interpretação e aplicação do Direito.¹⁹⁵

Como se vê, há vários autores que argumentam pela adoção de elementos políticos nas decisões do Direito Antitruste. Neste trabalho, defende-se a ideia de que o fim do Direito Antitruste não é simplesmente a manutenção da livre concorrência, pelo contrário, esta é concebida como um princípio finalístico que não encerra um fim em si mesmo. O princípio da livre concorrência há de ser lido, interpretado e aplicado no contexto maior da ordem econômica vigente em cada país, a ser instrumentalizada pelas políticas econômicas constitucionais.

¹⁹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 198-199. No mesmo sentido veja-se CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *O interesse público no antidumping*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2009. p. 187.

¹⁹⁴ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 9.

¹⁹⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 233.

6.3 Críticas aos argumentos analisados: as políticas econômicas constitucionais podem funcionar como fator de legitimidade das decisões do Cade

Como foi explanado no tópico 6.1, há basicamente duas categorias de argumentos contrários à aplicação de elementos políticos nos julgamentos de questões relativas à proteção da livre concorrência: os argumentos de ordem teórica e os argumentos de ordem prática.

O primeiro grupo de argumentos pode ser assim sintetizado:

i) o Direito da Concorrência é um ramo da Ciência do Direito e, por isso, não pode ser confundido com a Política;

ii) os elementos políticos somente devem ser levados em consideração no momento de elaboração das normas jurídicas (durante o processo legislativo) e não quando da aplicação de tais normas (durante o processo administrativo ou judicial), ocasião em que deveriam imperar as técnicas jurídica e econômica;

iii) o Direito e a Economia seriam ciências desprovidas de elementos políticos, morais, religiosos, ou de quaisquer outros elementos valorativos ou axiológicos e, por isso, as decisões dos órgãos de proteção da concorrência não deveriam incorporar fundamentos e motivações calcados em valores extraeconômicos ou extrajurídicos.

Em relação ao primeiro e ao terceiro argumentos de ordem teórica, aqui citados, que o Direito é uma ciência e não se confunde com Política, e a Economia e o Direito seriam ciências desprovidas de elementos políticos, morais, religiosos e de outros valores, esclarece-se, inicialmente, que não se trata de confundir Direito e Economia com Política. De fato, cada um desses campos do conhecimento possui suas peculiaridades e autonomia científica. Assim, a questão não se apresenta em distinguir Direito, Economia e Política, já que se reconhecem os limites e a autonomia de cada um deles. Na realidade, a questão a ser enfrentada diz respeito a entender se a Política influencia (e se realmente deve influenciar) os demais campos do saber humano.

Entende-se, com apoio nas lições de Habermas,¹⁹⁶ que toda a técnica e toda a ciência estão permeadas de ideologias, e o elemento político é inerente a qualquer ciência. Habermas argumenta que não há produção de conhecimento que seja isenta de influências culturais, econômicas, políticas e sociais. Até mesmo a escolha sobre os campos de investigação científica a serem explorados e a destinação de recursos para tais pesquisas partem, necessariamente, de escolhas sociais prévias, altamente marcadas por princípios e valores caros à sociedade naquele momento.

Decisões como, por exemplo, o que financiar em relação à pesquisa pública, quais os setores preponderantes para a pesquisa nacional, quais os subsídios a serem concedidos às empresas e às instituições públicas de pesquisa para o desenvolvimento de pesquisa e tecnologia já seriam, por si sós, caracterizadores da forte influência da política e da economia na construção da ciência contemporânea. Os investimentos em pesquisa e tecnologia, voltados para a produção do conhecimento científico, são determinados por razões políticas, econômicas e sociais.

O dogma da existência de uma ciência neutra e descomprometida com a política, com a economia e com os valores presentes na tessitura social já não é mais cabível no atual estágio de desenvolvimento dos estudos científicos. A própria ciência, refletindo sobre si mesma por meio de uma leitura epistemológica, já se descobriu comprometida com valores e ideologias.

Por isso, pretender que Direito e Economia, bem como qualquer outra ciência contemporânea sejam isentos de influências políticas não pode ser admitido como um argumento válido. Não há ciência que fuja ao alcance da ideologia. O que pode ocorrer é que certas áreas da ciência consigam desvencilhar-se de uma ideologia dominante em certo momento histórico, o que poderia ser chamado de um processo de ruptura ou revolução científica, como defende Thomas Kuhn.¹⁹⁷ De qualquer forma, mesmo nos momentos de ruptura ou revolução, a ciência não estaria livre por

¹⁹⁶ Habermas afirma textualmente: “É evidente que semelhante tese da legalidade própria e autônoma do progresso técnico não é aceitável. A direção do progresso técnico depende hoje, em boa medida, dos investimentos públicos: nos EUA, o Ministério da Defesa e os organismos encarregados da pesquisa espacial são, com os seus encargos, os principais promotores da pesquisa. Suspeito de que na União Soviética a situação é análoga.” HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia*. Tradução de Artur Morão. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 103.

¹⁹⁷ Kuhn, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

completo das ideologias e da política, mas apenas se reorganizando em relação a que ideologia e a que política vincular-se.

Por outro lado, é de se chamar a atenção para o fato de que não se defende, neste trabalho, a utilização de qualquer política (política eleitoral e política partidária especialmente) como fundamento de legitimidade das decisões do Cade. O que se pretende demonstrar, neste trabalho, é que as políticas econômicas incumbidas da densificação dos princípios da ordem econômica constitucional devem ser levadas em consideração no processo de fundamentação racional das decisões proferidas pelo Cade. Essas políticas, como diz Ana Maria Nusdeo,¹⁹⁸ servem como diretrizes para orientar a interpretação e a aplicação do Direito e, por óbvio, das normas antitruste.

A crença em uma Ciência neutra, desvinculada de qualquer elemento político ou ideológico já não mais subsiste no mundo acadêmico, especialmente no campo das Ciências Sociais Aplicadas, de que faz parte o Direito. Por isso, o primeiro e o terceiro argumentos de ordem teórica apresentados pelos defensores de um Direito antitruste puro, livre de elementos políticos ou ideológicos, já não encontra mais guarida na moderna epistemologia das Ciências Sociais.

No que tange ao segundo argumento teórico, de que os elementos políticos somente deveriam ser levados em consideração quando da elaboração das normas jurídicas (no processo legislativo), e não no momento de aplicação de tais normas (no processo administrativo), fase em que deveria imperar a técnica jurídica e econômica, entende-se, com o devido respeito, que a fragmentação do Direito em estágios estanques não se revela adequada. Por isso, imaginar que haja uma completa desvinculação dos fundamentos valorativos presentes no processo de construção da norma (no processo legislativo) em relação aos elementos presentes no momento de aplicação da norma (no processo administrativo ou judicial) seria o mesmo que pretender ignorar o consenso político existente na etapa de criação da lei. Isso tornaria o órgão julgador (seja ele administrativo, seja judicial) um possível déspota manipulador da lei, completamente descomprometido com a integridade do Direito como sistema legítimo de regulação da conduta humana.

¹⁹⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 233.

Uma ruptura completa com os elementos presentes no momento de criação da norma seguramente conduziria a um problema de legitimidade das instituições judicantes (e das Judiciárias também), eis que elas estariam decidindo os casos concretos de modo desvinculado do contexto de criação das normas, a serem aplicadas a tais processos, o que certamente não pode ser acatado como compatível no Direito democrático inerente a um Estado de Democrático de Direito.

Não se pretende, por óbvio, uma restauração das teorias jurídicas que defendem a aplicação do direito com base na *mens legislatoris*, mas também não se pode adotar uma posição exacerbada que levasse a teoria da *mens legis* ao extremo do decisionismo administrativo ou judicial, transformando o julgador em verdadeiro árbitro de suas próprias razões. O que se propõe, em verdade, é que as razões das normas de proteção da concorrência sejam interpretadas e aplicadas em consonância com os ditames jurídico-políticos insculpidos na ordem econômica constitucional, de acordo com a ideologia e com as políticas econômicas constantes na Constituição Econômica (seja ela formal, seja material).

Por fim, entende-se que a crítica que se fundamenta na separação estanque do momento de elaboração da etapa de aplicação das normas não seria uma crítica diretamente relacionada à consideração de políticas econômicas nas decisões antitruste. Seria, sim, uma crítica às ingerências políticas externas nos julgamentos do Cade, ou às intervenções do poder político que defendam, em um caso concreto, uma ou outra solução específica para o processo e patrocinem esse tipo de entendimento perante aquele órgão. Assim, a crítica não seria à adoção de políticas econômicas como diretrizes da interpretação e aplicação das normas antitruste, mas sim às ingerências políticas sobre o Cade, que não é o que se defende nesta tese, obviamente.

O segundo grupo de argumentos contrários à consideração de políticas econômicas nas decisões do Cade (argumentos de ordem prática) pode ser assim resumido:

i) a aplicação de tais políticas como argumentos para a fundamentação de decisões do Cade abriria a possibilidade de manipulação do órgão de proteção da concorrência por grupos políticos;

ii) a fundamentação de decisões com base em elementos políticos poderia implicar a violação da autonomia e da independência dos órgãos de defesa da concorrência;

iii) a introdução de fatores políticos no processo decisório poderia resultar em insegurança jurídica dos administrados, já que razões não técnicas poderiam ser invocadas para fundamentar uma decisão contrária aos interessados no processo, podendo derivar, até mesmo, para perseguições políticas ou para abuso de poder.

Em relação aos argumentos de ordem prática aqui apresentados, entende-se serem também insuficientes para o afastamento da consideração de políticas econômicas constitucionais das decisões do Cade.

O primeiro argumento apresentado nesse sentido consiste na afirmação de que a aplicação de políticas econômicas nas decisões do Cade abriria a possibilidade de manipulação do sistema por grupos políticos. Tudo indica que a aplicação de elementos de políticas econômicas constitucionais não se confunde com a introdução de critérios político-partidários de interesse de certos grupos políticos. Assim, o que se vê é que não serão aplicadas “pressões” de grupos políticos específicos nos processos em análise pelo Cade, mas sim políticas econômicas constitucionais, dotadas de juridicidade pelo texto normativo da ordem econômica constitucional, o que elimina a possibilidade de “captura” do Cade por certos grupos organizados da sociedade civil, por partidos políticos ou até mesmo pelo Governo. Relembre-se que, para fins desta tese, definiram-se políticas econômicas constitucionais como um conjunto de normas, programas, planos e instituições capazes de densificar os princípios da ordem econômica constitucional, capazes, pois, de tornar operacional a Constituição Econômica.

O segundo argumento de ordem prática consiste em dizer que os elementos políticos poderiam implicar violação da autonomia e da independência dos órgãos de defesa da concorrência. Entende-se que a independência e a autonomia do Cade continuariam asseguradas na forma do atual desenho institucional previsto na legislação em vigor. Não se cogita que o Cade perca a sua autonomia administrativa e técnica, tampouco que suas decisões sejam revisadas por outros órgãos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, como chegou a pretender o Senado Federal, ao analisar e propor emendas ao projeto de lei que deu ensejo à edição da Lei nº

12.529, de 2011. Julgar processos administrativos e embasar as decisões também em políticas econômicas constitucionais não representam risco de perda de autonomia e de independência para o Cade.

Por fim, o terceiro argumento de ordem prática apresentado por aqueles que se opõem à ideia de utilização de elementos políticos nas decisões do Cade consiste em afirmar que isso poderia gerar insegurança jurídica nos administrados, já que razões não técnicas poderiam ser invocadas para fundamentar uma decisão contrária aos interessados no processo ou, até mesmo, para privilegiar uma das partes ou mesmo terceiros interessados (por exemplo, no caso de impugnação por concorrente do pedido de aprovação de um ato de concentração econômica). Mais uma vez, pode-se afirmar, respeitosamente, que a crítica não prospera. Isso porque as políticas econômicas constitucionais não se confundem com políticas partidárias ou com políticas de grupos. Antes, as políticas econômicas constitucionais compreendem um conjunto de normas, planos, programas e instituições que têm por finalidade concretizar a operacionalidade dos princípios gerais da ordem econômica constitucional e, por consequência, não se prestam a proteger certos agentes ou grupos de interesse. São as políticas econômicas constitucionais expressão da força normativa da própria Constituição que, de qualquer modo, sempre vinculará a atuação de toda a Administração Pública, a atuação do Cade inclusive. Por outro lado, a técnica – que é enaltecida pelos defensores da posição ora combatida – não está isenta de valor e tampouco é imune à influência ideológica ou política. Técnica e ciência também sofrem a influência da ideologia dos detentores do poder. Por isso, pretender uma suposta segurança jurídica pela aplicação de critérios meramente técnicos não parece ser a solução mais adequada, já que tal técnica é, por si só, produto das forças econômicas, morais, sociais ou de outra qualquer força política dominante em dado momento histórico. Nem se argumente que não haveria uma previsibilidade dos julgamentos em caso de adoção das políticas econômicas nas decisões do Cade. Essa ideia não merece prosperar, uma vez que, se o Cade realmente se ativer às políticas econômicas constitucionais, não haverá nenhuma surpresa ou sobressalto com as decisões nelas baseadas, já que tais políticas são públicas, conhecidas por todos e estão diretamente vinculadas à concretização dos imperativos da ordem econômica presentes no texto constitucional.

Estudando a aplicação de elementos de política econômica constitucional ao regime jurídico da concorrência, Isabel Vaz pondera que,

A opção político-econômica, ao ser juridicizada, funciona como elemento capaz de evitar o arbítrio e, ao mesmo tempo, garantir a segurança jurídica, oferecendo aos agentes econômicos uma certa previsibilidade quanto à incidência da norma, para que possam formular escolhas acertadas quanto às condutas a serem adotadas.¹⁹⁹

Assim, a adoção de elementos de políticas econômicas constitucionais nos julgamentos do Cade, em vez de representar falta de previsibilidade e segurança poderá, ao contrário, conferir até mesmo maior racionalidade e previsibilidade para os administrados, uma vez que as decisões passarão a ter um balizamento constitucional, e não um balizamento em doutrinas econômicas que mudam conforme o desenvolvimento da Ciência Econômica e, em muitos casos, também são alteradas do dia para a noite quando uma crise econômica começa a despontar.

Quando Del Chiaro e Pereira Júnior²⁰⁰ argumentam, que uma vez estabelecidas as normas incidentes sobre o caso, bastaria ao Cade definir as teorias econômicas mais apropriadas para o julgamento, está-se novamente diante de influências diversas que podem levar o julgador a adotar uma ou outra teoria para o julgamento do caso concreto, sem que muito critério se tenha na escolha de tais teorias. Melhor seria que, diante da moldura fático-normativa do caso submetido a julgamento, ao definir as teorias econômicas a serem aplicadas, o Cade não deixasse de analisar os impactos que o julgamento terá sobre as políticas econômicas constitucionais, como forma de limitar e condicionar as escolhas de teorias econômicas adotadas, para vincular essas escolhas a racionalidade jurídico-econômica, derivada da ordem econômica constitucional.

A maximização de riqueza, que também seria vista como uma espécie de critério técnico, a nortear a aplicação da legislação antitruste, não pode ser considerada fora de um contexto social. Que o Cade deve buscar soluções que implementem eficiência no mercado e gerem um aumento de riqueza, isso não se pode negar. A atuação do órgão antitruste deve ser apreciada sob a ótica consequencialista, como já exposto no Capítulo 2 desta tese. Mais ainda, buscando

¹⁹⁹ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 433.

²⁰⁰ DEL CHIARO, José; PEREIRA JÚNIOR, Ademir A. *Sistema antitruste: política ou técnica?* In: Caderno E2 - *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 19, 20 e 21 de fevereiro de 2010.

a maximização da riqueza social (ou geral), o Cade poderia até mesmo nortear-se por uma aplicação welfarista das normas antitruste, por uma aplicação de normas com vistas ao estabelecimento e progressivo aumento do bem-estar social. Mesmo assim, esses critérios de bem-estar social não estariam desprovidos de valor, já que passam, necessariamente, por juízos valorativos de uma axiologia jurídico-econômica.²⁰¹ Por isso, a eficiência, a despeito de ser uma meta a ser perseguida, não é capaz de, por si só, definir o que é melhor para a sociedade, ou o que é o bem-estar social. A eficiência maximiza ou potencializa certos resultados, mas não diz se tais resultados significam maior bem-estar social. Não que o aumento da riqueza seja indesejável. Na maior parte dos casos, a eficiência econômica será desejável, mas há certas situações que demandam mais do que eficiência, exigem escolhas em relação à economicidade, diante da ponderação entre quantidade de bens e qualidade de vida, na busca do estabelecimento de uma linha de maior vantagem social.

Nessa ordem de ideias, chega-se à conclusão de que o conceito de bem-estar almejado pela política antitruste é bastante amplo, podendo variar de acordo com a ponderação de valores a serem protegidos diante de um caso concreto. Assim, a fim de se evitarem distorções e julgamentos incompatíveis com os princípios fundamentais da ordem econômica, a consideração de políticas econômicas desponta como uma solução possível para a legitimação das decisões do Cade. Não que tais políticas, por si só, tornassem a decisão legítima, mas servirão como fator (ou uma parcela dentre várias) de legitimação das decisões em matéria antitruste, uma vez que, ao fim e ao cabo, o que o Cade estará apontando, em seus julgamentos, é o caminho a ser seguido (eficiência) para melhor atingir os interesses da coletividade (bem-estar social). Nessa ordem de ideias, a definição do que é bem-estar social pode ser obtida, de modo relativamente seguro e concreto, do exame das políticas econômicas constitucionais.

Nos parágrafos anteriores, demonstrou-se que a eficiência econômica (seja alocativa, seja produtiva, seja distributiva), tradicionalmente elevada a uma categoria de “metaprincípio” pela Ciência Econômica, não está isenta de valores. Por isso, mesmo o mais bem-intencionado julgador que desejasse fundamentar suas

²⁰¹ Sobre essa questão, consultar GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 133-136.

decisões em questões concorrenciais, com uma visão técnica pautada no aumento da eficiência, não estaria livre das dificuldades de identificar corretamente o que é eficiente e para quem é eficiente. A ideia de eficiência, construída a partir de um tipo de racionalidade instrumental (de adequação de meios a fins), não diz, por si só, quase nada a respeito dos fins, mas apenas a respeito dos melhores meios para se atingir um determinado fim. A eleição dos bons fins é tarefa da Constituição da República, esta sim, apta a apontar com segurança quais são os valores e as finalidades maiores da ordem econômica nacional.

Veja-se, por fim, que o Cade não possui, por óbvio, liberdade ampla no desempenho do controle que exerce sobre o mercado. Ao decidir processos administrativos, está o Cade limitado pelos deveres legais de motivar e de fundamentar suas decisões, com vinculação à legislação de regência e aos ditames constitucionais e, como se propõe nesta tese, também deve o Cade levar em consideração as políticas econômicas constitucionais. Isabel Vaz, em artigo que trata especificamente dos limites à revisão judicial das decisões do Cade, assim se manifesta:

Às autoridades encarregadas da aplicação da lei de defesa da ordem econômica não se reconhece liberdade absoluta no exercício de suas funções – por exemplo, a necessidade de motivar o ato decisório, a vinculação aos parâmetros legais, entre outras condicionantes. Porém, a mais avassaladora entre todas as limitações é aquela decorrente da necessidade de harmonizar as decisões antitruste com as políticas econômicas estabelecidas para um setor. Dessa limitação é difícil desvencilhar-se, supondo-se sejam as medidas de política econômica adotadas segundo estritos princípios constitucionais e em defesa da economia do País.²⁰²

Desse modo, as políticas econômicas constitucionais, longe de servirem para justificar a prática de atos arbitrários pelo Cade, servem mesmo para limitar e condicionar a sua liberdade de decisão, constituindo, ao lado dos critérios técnicos e jurídicos já consagrados na análise antitruste, fatores de legitimidade das decisões daquela instituição.

²⁰² VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Org.). *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. V. 1. 1ª ed. São Paulo; Saraiva, 2001. p. 297-314.

6.4 Lineamentos para um balanço técnico-político-jurídico: onde, quando e como deve o Cade aplicar o balanço

Uma vez demonstrado que as políticas econômicas constitucionais podem funcionar como fator de legitimidade das decisões do Cade, cumpre examinar sob que condições elas devem ser aplicadas para a solução de casos concretos.

Antes de se apresentarem os limites e as diretrizes para a consideração de políticas econômicas constitucionais nos julgamentos do Cade, é preciso esclarecer que a aplicação dessas políticas nunca se dará de forma isolada, porque as decisões não poderão fundamentar-se unicamente nas políticas econômicas constitucionais, já que a própria Lei nº 12.529, de 2011, definiu conteúdos técnicos e jurídicos que deverão estar presentes em todas as análises realizadas. Assim, as decisões do Cade deverão estabelecer uma espécie de balanço ou de balanceamento entre os elementos técnico-econômicos, os político-econômicos e os jurídicos, na busca da melhor solução para o caso concreto.

Não há dúvidas de que o objeto imediato da tutela das normas antitruste é a preservação da livre concorrência, com vistas à maior eficiência dos mercados, o que, em tese, poderia ordinariamente resultar em um aumento progressivo da riqueza social e potencializar a concretização de direitos e garantias fundamentais, assegurando a todos existência digna. Contudo, o objeto mediato de tutela do Direito da Concorrência abrange um conjunto maior de valores e de interesses da coletividade, valores estes que tem sede constitucional e que estão regulados de modo pormenorizado nas políticas econômicas constitucionais, sempre de acordo com a teleologia da ordem econômica, que tem por objetivo assegurar a todos existência digna.

A premissa basilar de que se parte é a de que o Cade sempre deve iniciar a sua análise pelo critério da eficiência, avaliando, até mesmo, se a intervenção antitruste a ser adotada é mais vantajosa do que a não intervenção. Em outros termos, se é mais eficiente encaminhar a solução por meio da intervenção estatal antitruste, ou se seria mais eficiente deixar o próprio mercado organizar-se e resolver o conflito. *Ultima ratio*, a questão é definir quem deve decidir: o Estado (através do Cade) ou o mercado. Por isso, a verificação de eficiência sempre estará

presente e deve constituir-se no ponto de partida para os julgamentos em matéria de intervenção estatal na economia, especialmente quando a intervenção se dá por meio do Direito da Concorrência.

Uma vez estabelecidos os parâmetros de eficiência para apreciação do caso, deverá então o Cade ponderar se a solução apontada de acordo com o critério da eficiência é capaz de prejudicar, de algum modo, outros valores constantes nas políticas econômicas constitucionais. Caso seja verificada a potencialidade de prejuízo a outros elementos não propriamente ligados à eficiência e ao bem estar do consumidor, o Cade analisará se seria ou não o caso de realizar o balanço entre os elementos técnicos, pautados pela eficiência (racionalidade econômica), as diretrizes constantes nas políticas econômicas constitucionais, e o elementos essencialmente jurídicos, de modo a equilibrar eficiência econômica e bem-estar social. Nesse ponto, o Cade se aproximará de uma análise de economicidade, como se demonstrará com maior profundidade no Capítulo 7.

6.4.1. O critério da exclusão

O primeiro critério a ser adotado pelo Cade para analisar se deve ou não fazer o balanço entre os elementos técnicos (leia-se eficiência econômica e maximização de riqueza econômica) e os elementos de políticas econômicas constitucionais (elementos político-jurídicos) é um critério de exclusão. Deverá o Cade definir quando não é viável fazer o balanço. Propõem-se como indicativos para a não realização do balanço os seguintes:

- i) quando for absolutamente impossível apreciar (mensurar, ainda que não matematicamente) os benefícios concretos e potenciais da aplicação das políticas econômicas. Nesses casos, o Cade não teria parâmetros racionais para demonstrar o acerto ou desacerto do balanço, impossibilitando uma fundamentação objetiva de suas decisões;
- ii) quando tiver ocorrido recente intervenção do Poder Executivo (criação de normas de caráter concreto, programas, ou outros instrumentos de intervenção estatal na economia) ou do Poder Legislativo (criação de normas gerais) que realizem, por via legal, o balanceamento entre livre concorrência e

outros objetivos da ordem econômica. Nesse caso, como outros entes (Executivo ou Legislativo) já forneceram a solução para o conflito, não deve o Cade fazer o balanço, pois a questão já terá sido resolvida por outros mecanismos compensatórios, sendo desnecessário realizar o balanço.²⁰³

6.4.2. O critério da necessidade

O segundo critério a ser verificado pelo Cade para estabelecer o balanço entre a análise técnica e a análise de políticas econômicas é a constatação de um potencial conflito entre uma solução orientada unicamente pela técnica e outra solução alternativa, que privilegie elementos de política econômica constitucional. Se não houver conflito, o Cade até pode utilizar como fundamento de suas decisões elementos de políticas econômicas, mas não precisará fazer o balanço.

Assim, deve haver um conflito real e não meramente aparente entre livre concorrência e outros objetivos da ordem econômica. Somente nesse caso deverá o Cade fazer um balanço para sopesar os interesses em jogo. Esse critério poderia ser chamado de **regra da necessidade**, porque serviria como um primeiro teste para verificar se é ou não necessário proceder ao balanço.

6.4.3. O critério da adequação

O terceiro critério para estabelecer se o Cade deve ou não balancear elementos técnicos e elementos político-econômicos consiste em verificar se há alternativas mais eficientes para resolver o conflito, que não o balanço em si, isto é, se é adequado proceder ao balanço.

Em certos casos, a regulação econômica setorial, a intervenção direta do Estado mediante a exploração de atividade econômica, a imposição de um tabelamento de preços ou mesmo a edição de normas e leis, podem revelar-se opções mais adequadas do que a realização do balanço pelo Cade.

²⁰³ Em setores regulados, a aplicação de políticas de Estado (e de Governo) seria de suma importância, como defende Tércio Sampaio Ferraz Júnior em: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Concorrência como tema constitucional: política de Estado e política de Governo e o Estado como agente normativo e regulador*. Revista do IBRAC. V. 16, 2009. p. 169-186.

Nesses casos, o Cade deverá, a princípio, deixar de fazer o balanço e focar-se prioritariamente na análise da eficiência do mercado e na preservação da livre concorrência, já que é sua função institucional precípua zelar pela livre concorrência e apenas subsidiariamente zelar por outros valores em jogo. Uma vez que esses outros valores em jogo podem ser protegidos por outros órgãos e sistemas estatais, tais como Agências Reguladoras, Ministérios, Secretarias, Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista, Poder Legislativo e até mesmo o Poder Judiciário, não seriam prejudicados caso o balanço não fosse realizado pelo Cade.

Esse terceiro critério poderia ser chamado de regra de adequação, já que o Cade deverá fazer um juízo da adequação do balanço antes de procedê-lo.

6.4.4. Testes para aprovação da utilização do balanço

Uma vez satisfeitos os critérios aqui propostos, então o Cade deverá adotar alguns testes específicos, a fim de analisar se realmente o balanço será útil e eficiente:

- i) o teste da distribuição dos benefícios do balanço com o consumidor (adquirente). Uma vez que a tutela da eficiência e a maximização de riqueza deve beneficiar (ainda que não somente) o consumidor, deve o Cade verificar se, com a aplicação do balanço, haverá excedentes a serem distribuídos aos consumidores, ou, se haverá algum ganho para os consumidores. Muito embora esse teste não seja decisivo para a aplicação ou não do balanço, deverá ele ser levado em consideração nos juízos de ponderação do Cade;
- ii) o teste da manutenção substancial da livre concorrência. Nesse teste, o Cade deverá avaliar se, com a aplicação do balanço, haverá ou não a eliminação de parcela substancial da concorrência. Caso isso ocorra, o balanço deverá ser evitado, muito embora, no jogo das ponderações, possa o Cade adotar o balanço. Uma vez que a própria lei permite a aprovação de atos de concentração, praticados por particulares, em que possa ocorrer eliminação de parcela substancial da concorrência (§ 6º do art. 88), o Cade também estaria autorizado a fazer o balanço, ainda que com diminuição de parcela substancial da concorrência, mas teria de demonstrar de modo muito claro e objetivo como os ganhos com a aplicação do balanço ultrapassariam

as perdas de concorrência. O ônus de provar esses benefícios, nesse caso, sempre seria do próprio Cade.

Uma vez considerados todos os elementos aqui expostos, o Cade deverá aplicar as políticas econômicas como fator de legitimação de suas decisões. O balanço, com atribuição de pesos para as questões técnicas (eficiência e maximização de riqueza) e para as políticas econômicas, deve ser feito com cautela e sempre à luz do caso concreto.

O Cade deve ter como meta principal, via de regra, a preservação da livre concorrência, já que é órgão judicante com atribuição específica para zelar pela livre concorrência. Outros órgãos de Estado e até mesmo o Poder Legislativo poderão criar mecanismos para a implementação de políticas econômicas. Quando, porém, diante de um caso concreto, o Cade se deparar com o conflito entre eficiência e outros valores constantes das políticas econômicas constitucionais, e se a solução por meio do antitruste for mais eficiente do que deixar o caso para outras autoridades, o Cade deverá passar pelas etapas aqui descritas e, se for realmente o caso, realizar o balanço entre eficiência, maximização de riqueza e bem-estar do consumidor, de um lado, e outros elementos de políticas econômicas constitucionais, de outro.

7 O ESTABELECIMENTO DA TENSÃO ENTRE EFICIÊNCIA E POLÍTICAS ECONÔMICAS CONSTITUCIONAIS: O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE COMO EIXO HERMENÊUTICO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

No capítulo anterior, foram apresentadas as bases para a realização de um balanço técnico-político-jurídico da eficiência econômica e das políticas econômicas constitucionais. Nesse processo de balanço, o Cade poderá atribuir, caso a caso, pesos diferentes para cada valor em jogo, na tentativa de estabelecer a conciliação entre a eficiência econômica e os demais elementos da ordem econômica brasileira, compatibilizando a quantidade de bens ofertados com a qualidade de vida das pessoas, em uma linha de maior vantagem social.

Longe de ser um mecanismo de desestabilização do sistema de defesa da concorrência, ou de representar riscos à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões do Cade, a adoção de elementos de política econômica, ao lado de uma análise técnica e objetiva do caso concreto, representa efetiva melhoria da qualidade das decisões do Cade.

Os aportes da teoria econômica, a despeito de serem fundamentais e elementares, não são suficientes, isoladamente, para a boa interpretação e aplicação das normas de proteção da concorrência. Em verdade, a consideração de elementos de política econômica revela-se determinante não apenas no momento de criação das normas, como também no momento de sua interpretação e aplicação pelas autoridades incumbidas da defesa da concorrência. Isso porque, as decisões compatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito não podem ser fundamentadas apenas em uma racionalidade técnica ou instrumental de orientação de meios a fins. No paradigma constitucional vigente, o princípio da economicidade também desempenha um papel fundamental nos julgamentos envolvendo a aplicação da lei de proteção da concorrência, visto que a livre concorrência é um princípio instrumental para a consecução de outros objetivos da ordem econômica constitucional, dentre os quais, assegurar a todos existência digna.

A racionalidade instrumental, conforme descrita por Max Weber,²⁰⁴ seria aquela que se marca pela articulação entre meios e fins. Apresenta, assim, uma regra de adequação ou de otimização dos meios para a consecução dos fins

²⁰⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. V. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 174.

propostos. Esse tipo de racionalidade, quando utilizada nos discursos de aplicação do Direito, pode acarretar uma ocultação de significado, valorizando-se mais os meios do que os fins. Isso poderia transformar o discurso de fundamentação racional de decisões em uma espécie de estratégia de dominação, cujos fins estariam sempre ocultos ou inatingíveis, revestidos por uma linguagem técnica pretensamente desprovida de valores.

Nos estudos de microeconomia, que têm sido largamente utilizados pelas diversas correntes da Análise Econômica do Direito e, por consequência, no Direito Antitruste, todo o debate em torno da eficiência econômica parece estar sendo travado ainda por meio de uma racionalidade estratégica (razão instrumental), já que os fins não têm sido discutidos em sua plenitude, concentrando-se as análises apenas no aprimoramento ou na adequação dos meios (ideia de eficiência). Ocorre que a adequação dos meios aos fins, ou a própria instrumentalidade inerente à eficiência, não diz nada a respeito dos fins, mas tão somente sobre os meios. Assim, se os fins são bons, a eficiência fundada em uma racionalidade instrumental trará bons resultados. Caso os fins não sejam desejáveis, porém, a eficiência servirá apenas para conduzir mais rapidamente ao que é indesejável.

As críticas ao predomínio da razão instrumental como meio de dominação e controle social são elucidativas e alertam o jurista e o economista sobre os riscos de uma análise baseada unicamente no princípio da eficiência. Economistas contemporâneos, como é o caso de Amartya Sen,²⁰⁵ tem-se preocupado com as críticas a uma visão meramente instrumental da economia. É o que Sen chama de economia “engenheira” (ou engenharia econômica), que se revela muito mais preocupada com as questões “logísticas” dos fluxos econômicos do que com as finalidades a serem atingidas em benefício da sociedade. Segundo Sen,²⁰⁶ a abordagem “engenheira” da economia caracteriza-se por focar questões primordialmente logísticas em vez de “fins supremos” e com o que pode promover o “bem para o homem” ou o “como devemos viver”. O tecnicismo econômico parte sempre do pressuposto de que os fins são dados muito diretamente, e que o objetivo da técnica é encontrar os meios apropriados para atingi-los.

²⁰⁵ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 20.

²⁰⁶ SEN, Amartya, 1999, op. cit. p. 20.

A resposta para as indagações do tipo “quais são os fins”, ou de como é possível viver uma “boa vida”, como propõe Amartya Sen, não pode ser dada pela razão instrumental, mas apenas por uma razão comunicativa, típica do discurso jurídico. A eleição dos bons fins inclui necessariamente a política, esta entendida como uma forma legítima de exercício de poder de modo consensual e negociado por toda a sociedade.

Não se defende o abandono da racionalidade técnica instrumental. Esse tipo de racionalidade é muito caro ao pensamento ocidental desde o princípio da modernidade e tem gerado bons frutos para a sociedade. A eficiência é sobretudo importante, pois auxilia o homem a melhor atingir seus objetivos. O que se defende, na realidade, é a introdução de elementos de ordem político-econômica nas decisões do Cade, como forma de harmonizar razão instrumental e razão comunicativa. Essa harmonização, por certo, só pode ser realizada por intermédio da consideração dos elementos da política econômica constitucionalmente definida na fundamentação das decisões do Cade, atendida a ponderação e o balaço entre questões técnicas e questões políticas, por meio de uma linha de maior vantagem social. É na política econômica constitucional que estão definidos os “bons fins” desejados pela sociedade brasileira e cristalizados na Constituição da República pelo constituinte.

A leitura do art. 1º da Constituição da República revela que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana são tomados como fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito. Analisando-se esse dispositivo constitucional, depreende-se claramente que elementos econômicos (trabalho e livre iniciativa) estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana.

O art. 3º da Constituição da República declara os objetivos fundamentais (os “bons fins”), a serem perseguidos pela sociedade e pelo Estado e, por consequência, por todo e qualquer órgão que julgue questões econômicas, já que tais questões estão entrelaçadas desde o texto constitucional com os objetivos fundamentais da República, que consistem em construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Quando o art. 3º da Constituição determina que a República Federativa do Brasil deve buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, depreende-se que essa sociedade não está pronta, está para se construir. Os valores de liberdade, justiça e solidariedade condicionarão todas as decisões dos Poderes do Estado, não podendo o mesmo afastar-se de tais valores, sob pena de violação de preceito constitucional. Por sua vez, os incisos II e III do art. 3º estão diretamente relacionados a questões de ordem econômica: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O parágrafo único do art. 4º da Constituição da República também apresenta inegável conteúdo de política econômica, ao determinar que, nas relações internacionais, o Brasil busque a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Os princípios gerais da ordem econômica, que deverão ser densificados pelas políticas econômicas constitucionais, encontram-se no Título Sétimo da Constituição da República, denominado Da Ordem Econômica e Financeira. A matriz da ordem econômica constitucional repousa, sem dúvida, na norma do art. 170, que determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna. Para se assegurar a todos existência digna, determina a Constituição sejam observados os seguintes princípios gerais: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, mediante tratamento diferenciado inclusive, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, que tenham sua sede e administração no País.

O dispositivo constitucional em comento demonstra com clareza que o Direito, em todos os seus ramos, o Direito da Concorrência inclusive, está subordinado aos

princípios, aos valores e às metas políticas previstos na Constituição da República. Assim, não há como se negar a aplicação dos elementos de política econômica nos julgamentos, sejam eles proferidos pelo Cade, sejam mesmo pelo Poder Judiciário.

Ademais, as políticas econômicas constitucionais não estão circunscritas aos dispositivos aqui citados. Antes, estão dispersas ao longo do texto constitucional. Exemplo disso pode ser visto no incentivo à produtividade e à inovação tecnológica (art. 218), o estabelecimento do mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), a valorização dos direitos sociais difusos e dos direitos do trabalhador, o direito de propriedade e sua função social, o incentivo à cultura e a preservação da língua pátria, o estímulo ao empreendedorismo nacional e à agricultura familiar, dentre muitos outros.

Ao propor uma relação direta entre concorrência e desenvolvimento econômico, o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca conclui que a ordem social e econômica estabelecida pela Constituição seria uma ordem humanista. O Estado Democrático de Direito teria por objetivo o desenvolvimento nacional equilibrado. Estabelecida essa meta como fundamento da República, todas as medidas, quer de ordem legislativa, quer de ordem executiva, quer de ordem judicial, devem direcionar-se para a implementação dessa finalidade. O regime de economia de mercado adotado pela Constituição de 1988 deve ser visto como direcionador de todas as políticas econômicas para a implementação dessa visão. O Direito da Concorrência, um capítulo importante da ordem jurídico-econômica, insere-se nessa visão contextual, que justamente lhe confere significado.²⁰⁷

Ao julgar questões concernentes à livre concorrência, o Cade não pode ignorar os valores aqui destacados, plasmados em políticas econômicas constitucionais, que servem como pautas interpretativas para as suas decisões. O Cade deve-se voltar para a ideologia e para as políticas econômicas que operarão, no plano concreto, os princípios gerais contidos na Constituição da República, conciliando os valores constitucionais da ordem econômica com os aportes técnicos fornecidos pela Ciência Econômica. Como se explanou aqui, não se subestima o valor dos relevantes conhecimentos produzidos pela Economia. Também, no entanto, não é mais possível pensar em um Direito da Concorrência desvinculado

²⁰⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito da Concorrência e desenvolvimento*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, nº 103, p. 228, jul-dez. 2011.

das políticas econômicas constitucionais e dos princípios que regem a ordem econômica brasileira. Nesse sentido, Isabel Vaz propõe que se faça uma abordagem revisional do princípio da livre concorrência. Para a autora, a livre concorrência deve ser entendida de forma harmoniosa com os demais princípios da ordem econômica, deve ser vista como um princípio que coordena um conjunto de normas de natureza teleológica, apto a contribuir para a realização dos objetivos fundamentais da República.²⁰⁸

O entendimento da livre concorrência como um princípio harmônico, inserido no contexto da ordem econômica constitucional, é indispensável para o resgate de um Direito da Concorrência compatível com as necessidades concretas do País e plenamente vinculado à Constituição da República, voltado para a solução dos problemas econômicos nacionais e, por isso mesmo, em condições de realizar juízos de valor em uma linha de maior vantagem social.

Canotilho, ao analisar o conceito restrito de Constituição Econômica, afirma ser ela um conjunto de normas constitucionais, ou seja, de regras e princípios insertos no texto da Constituição, que se relacionam com a organização basilar da economia.²⁰⁹

Da lição de Canotilho, depreende-se claramente que os elementos políticos a serem levados em consideração na aplicação dos princípios constitucionais, do princípio da livre concorrência inclusive, não conduzem a qualquer política geral, livre e irrestrita. Antes, as políticas a serem consideradas são aquelas concernentes à concretização dos princípios constitucionais. Em outros termos, o conjunto de normas, instituições e programas que têm por finalidade densificar, no plano infraconstitucional, os princípios gerais da ordem econômica. No Direito brasileiro, poderia então falar-se em políticas econômicas constitucionais como pautas, molduras ou diretrizes, a informar a interpretação e a aplicação das normas de

²⁰⁸ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 433.

²⁰⁹ Afirma Canotilho que: “A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e econômica), consagrou uma “constituição económica” que, embora não reproduza uma “ordem económica” ou um “sistema económico” “abstrato” e “puro”, é fundamentalmente caracterizada pela ideia de democratização económica e social. Neste contexto, o âmbito de liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido directamente pela Constituição: a política económica e social a concretizar pelo legislador deve assumir-se *política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a pretensão mandato democrático da maioria parlamentar.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 345.

proteção da concorrência. É justamente no momento de interpretação e aplicação das normas antitruste que emerge o conflito entre valores a serem atingidos (ou otimizados, como ensina Alexy).²¹⁰

A aplicação de elementos de política econômica constitucional deve ser feita à luz do princípio da economicidade, que visa à conciliação da quantidade de bens com a qualidade de vida, em uma linha de maior vantagem social. A definição democrática do que seria essa “maior vantagem social” no Direito Antitruste depende, necessariamente, de um equilíbrio ideal entre as considerações de ordem técnica (eficiência e maximização de riqueza) e as considerações de ordem político-jurídicas, já que é nas políticas econômicas constitucionais que residem os meios concretos de implementação dos princípios da ordem econômica constitucional, que têm por objetivo assegurar a todos existência digna.

Apresentados os principais lineamentos da economicidade no Direito Econômico brasileiro, adota-se, nesta tese, a linha daqueles que consideram a economicidade princípio jurídico informador da ordem econômica. Sob tal aspecto, desenvolveu-se o conceito de economicidade como um instrumento, ou regra interpretativa ou de balizamento, para a tomada de decisões na conflituosa e constantemente mutável base econômica da realidade útil.

A princípio, o termo economicidade, como princípio jurídico de interpretação ou de valoração da conduta humana, é preconizado por Washington Albino,²¹¹ apoiado em Hermann Heller e em Max Weber. Aquele autor parte das noções de ordem e equilíbrio, desenvolvidas no campo da Física, na teoria elétrica-atômica de Maxwell, e no campo da Economia por Bastiat, para trabalhar, passando por Heller, a linha de “economicização”.

A “economicização” estaria vinculada à ideia de vantagem hierocrática weberiana, de acordo com um sistema de recompensas variadas, conforme a valoração da conduta dos agentes. Seria a “economicização”, segundo Washington Peluso Albino de Souza, um método de julgamento de condutas humanas, valorando-as em uma escala de recompensas (benefícios).

²¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87 e seguintes.

²¹¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, 1961. p.79-96.

Ampliando seu pensamento, Washington Peluso vai além da noção básica de “economicização”, ponderando que, nas sociedades complexas, não é possível valorar condutas humanas tão somente em uma escala básica de recompensas econômicas. Seria necessária a cogitação de uma “linha de maior vantagem” que antecederesse aos interesses vitais, sendo tomada no campo da vontade do agente, com conotações psicológicas mais profundas. Washington Peluso chega à ideia de que a economicidade não está ligada tão somente ao conteúdo diretamente econômico, mas apresenta-se com um conteúdo variável. Para Washington Peluso, quando a maior vantagem, enunciada para o sujeito, deixar de coincidir ou se antepuser àquelas condições características de econômico, poderia ocorrer até mesmo a hipótese de economicidade “antieconômica” que, longe de ser uma contradição de princípio, apresenta-se como a afirmativa de seu conteúdo variável.²¹² Mais adiante, na mesma obra, esse autor faz a distinção entre economicidade e valor econômico: “Ora, esta vantagem assim libertada do sentido primitivo de rentabilidade econômica, e lucro materialmente traduzido, é o substrato do que vamos chamar de *economicidade*.”²¹³ Ainda, diante da ampliação do sentido de economicidade, propõe: “A amplitude do conceito de economicidade, permitindo uma definição de vantagem que extravasa do simples conceito econômico para aprofundar-se na apreciação personalíssima e se exprimir na preferência, na decisão, permitirá tal análise.”²¹⁴

Em obra mais recente, Washington Peluso trabalha novamente o conceito de economicidade como princípio capaz de apontar o que ele denomina de “justo econômico”. Assim se expressa:

O justo econômico, situado sobre o alicerce da vantagem material ou da retribuição equitativa, do tratamento social pela distribuição compensadora, haverá de ceder uma certa margem de sua zona de definição estrita às afirmativas de economicidade, naquilo que este último conceito admite, até mesmo para o antieconômico.²¹⁵

O desenvolvimento teórico do conceito de economicidade possibilitou a sua consagração como princípio hermenêutico. Na obra *Primeiras linhas de Direito*

²¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, 1961, p.80.

²¹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. 1962, op. cit. p. 84.

²¹⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. 1962, op. cit. p. 94.

²¹⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 41.

Econômico, avançando mais uma vez seu pensamento, Washington Peluso expõe completamente a sua tese da economicidade como princípio hermenêutico, ao assegurar que a economicidade se afirma como um instrumento de interpretação e de decisão para harmonizar dispositivos ideológicos originariamente passíveis de contradição. A “economicidade”, no sentido funcional, passa a ser tratada como um instrumento hermenêutico pelo qual a flexibilidade, a maleabilidade, a revisibilidade e a mobilidade das opções se harmoniza.²¹⁶

Assim, chega-se ao conceito de economicidade como princípio hermenêutico de Direito Econômico, direcionado à estabilização da tensão entre os elementos técnicos e os elementos políticos, a serem considerados na realização do balanço pelo Cade. A economicidade seria a busca da “linha de maior vantagem social” em relação à compatibilização da eficiência econômica com os princípios e fundamentos da ordem econômica, insertos na Constituição da República.

Ousando ir além das lições de Washington Peluso, entende-se que a economicidade é o princípio informador de toda a atuação jurídico-econômica do Estado, nos diversos campos em que se faz presente, especialmente no Direito da Concorrência e, por consequência, nos julgamentos do Cade.

O princípio da economicidade apresenta os contornos de um princípio hermenêutico destinado a compatibilizar a tensão em certos casos estabelecida entre a eficiência e outros valores sociais contidos nas políticas econômicas constitucionais, tendo por objetivo a maximização e a distribuição de riqueza para a satisfação dos direitos e garantias fundamentais, já que tais garantias e direitos é que funcionam como mínimo necessário para o exercício de cidadania e vida digna. A real tensão existente nas tomadas de decisões no âmbito do Cade, estabelece-se a partir do momento em que o julgador tem de fazer uma opção entre a maximização de riqueza pela via da eficiência, de um lado, e o eventual sacrifício de outros valores atinentes à ordem econômica, de outro lado.

Ao apontar a “linha de maior vantagem social”, o princípio da economicidade ajuda a conduzir a interpretação dos fatos e das normas para a decisão a ser obtida no balanço a ser empreendido pelo Cade, compatibilizando, a um só tempo, a

²¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 32.

racionalidade instrumental típica da Economia com a racionalidade comunicativa típica do Direito e da Política.

Assim, toda decisão do Cade, em casos complexos onde estejam em jogo a concretização dos princípios da ordem econômica, que se efetivam por meio da densificação realizada pelas políticas econômicas constitucionais e a maximização da riqueza social, implementada por meio da eficiência econômica, o princípio da economicidade desempenhará fundamental papel, ao permitir uma análise que abranja, ao mesmo tempo, os dois polos de tensão. É assim que o princípio da economicidade ganha foros de princípio hermenêutico. É pela economicidade que se construirá a “linha de maior vantagem social”, o critério para a medição da eficiência econômica aplicada à satisfação dos direitos e das garantias fundamentais capazes de assegurar a todos vida digna.

8 CONCLUSÃO

Julgar é uma tarefa difícil. Fundamentar racionalmente as decisões é ainda mais difícil. Ao decidir casos que envolvam conflitos entre direitos e valores de igual hierarquia constitucional, deverá o julgador buscar a melhor harmonização possível, evitando que um bem jurídico prevaleça sobre outro, o que tornaria a decisão menos legítima sob o ponto de vista da integridade da Constituição.

Se a livre concorrência pudesse ser considerada um fim em si mesmo, e o princípio da livre concorrência fosse hierarquicamente superior aos demais princípios da ordem econômica constitucional, seria fácil decidir casos complexos em que a preservação da livre concorrência e a eficiência econômica implicassem perdas a outros valores e princípios constitucionais.

A livre concorrência, porém, não é um fim em si mesmo, e o princípio da livre concorrência não é hierarquicamente superior aos demais princípios da ordem econômica constitucional. Diante dessa constatação, abre-se espaço para a reflexão empreendida nesta tese: saber se além da livre concorrência e da eficiência econômica, outros elementos devem ser considerados pelo Cade na busca de ampliação da legitimidade de suas decisões.

O crescente desenvolvimento da Ciência Econômica e de suas aplicações jurídicas, por meio da Análise Econômica do Direito, é fator que tem contribuído em grande medida com o aprimoramento do Direito da Concorrência. As contribuições trazidas pela análise econômica são importantes e necessárias ao desenvolvimento e ao aprimoramento dos julgamentos das questões concorrenciais. Tais contribuições auxiliam a melhor compreensão do fenômeno econômico e do funcionamento dos mercados, permitindo maior precisão das intervenções antitruste e previsibilidade de seus impactos na realidade econômica.

O aprofundamento da Análise Econômica do Direito e as novas teorias da Ciência Econômica, no entanto, conduziram à crença de que fundamentos meramente técnico-econômicos seriam capazes, por si só, de apontar para a melhor decisão dos casos envolvendo a aplicação da legislação antitruste. Construiu-se, por conseguinte, uma tendência tecnicista no Direito da Concorrência, ao menoscabo de

outros elementos valorativos que integram o processo de julgamento de questões concorrenciais.

As teorias da eficiência econômica parecem ter dificultado, em grande medida, a utilização de outros elementos na fundamentação das decisões das autoridades antitruste. Esta tendência de prevalência da técnica econômica resultou em potencial diminuição da legitimidade das decisões em matéria concorrencial. Nesta tese, a legitimidade é entendida como a vinculação das decisões proferidas pela autoridade antitruste com o fundamento de validade do sistema, isto é, com a Constituição da República, em uma perspectiva teleológica e de integralidade do Direito como sistema de regramento da vida social.

Para recompor a potencial diminuição da legitimidade das decisões do Cade no julgamento de casos complexos, que envolvem conflitos entre a livre concorrência e a eficiência econômica e outros princípios constitucionais, defende-se a necessidade de que tal órgão considere e fundamente suas decisões também com base nas políticas econômicas constitucionais, uma vez que elas representam, em concreto, a densificação de tais princípios.

Ao longo desta tese, procurou-se demonstrar que as políticas econômicas constitucionais funcionam como um dos fatores de legitimidade das decisões do Cade, juntamente com os demais fatores técnico-econômicos e jurídicos.

No Capítulo 2, foram apresentados os contextos histórico e teórico do tema-problema, expondo de modo sistemático os movimentos pendulares do Direito Antitruste, em que se alternaram períodos de maior rigor com períodos de abrandamento, de acordo com a política econômica vigente em cada momento histórico. Também foram apresentadas as linhas gerais do debate entre as posições daqueles que afirmam que o Direito da Concorrência possui como objetivo único a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor e dos que advogam que o Antitruste também se presta para a realização de objetivos mais amplos, de acordo com as políticas norteadoras da ordem econômica em cada época.

O Capítulo 3 apresentou as ideias, noções e os conceitos utilizados na construção da tese. As noções de legitimidade, política, política de Estado e política de Governo e de políticas econômicas constitucionais integram o primeiro bloco teórico das noções utilizadas para o estabelecimento dos raciocínios empreendidos

no restante do trabalho. Na segunda parte do Capítulo 3, foram expostas as principais teorias da eficiência econômica e as noções e os conceitos da economicidade, para se chegar, ao final, ao significado próprio da economicidade no Direito Econômico.

O Capítulo 4 destinou-se a avaliar as contribuições da Análise Econômica do Direito na seara antitruste. Foram apresentadas, de modo sintético, as principais vertentes norte-americanas e europeias da Análise Econômica do Direito, realizando-se uma crítica da concepção de maximização de riqueza presente em tais correntes. Ao final do capítulo, foi exposta a ideia de riqueza coletiva que se defende como a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro, na tentativa de contribuir para uma melhor aplicação da Análise Econômica do Direito no Brasil.

No quinto capítulo, o tema-problema foi analisado sob a perspectiva do Direito Comparado. O capítulo foi dividido em três partes. A primeira destinou-se à análise do tratamento normativo da defesa da concorrência na União Europeia, comparando-se com as normas brasileiras, sob a perspectiva de sua evolução temporal recente.

Foram analisados aspectos fundamentais do tratamento da concorrência no Tratado da Comunidade Europeia (TCE) e no novo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), bem como nas duas últimas leis brasileiras de defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 1994 e Lei nº 12.529, de 2011). Também foram apresentados alguns apontamentos sobre as dificuldades de interpretação e de aplicação da nova lei brasileira de proteção da concorrência.

A segunda parte do Capítulo 5 apresenta alguns exemplos de casos julgados pela Comissão Europeia e pelo Cade, evidenciando a utilização de políticas econômicas como fatores de fundamentação legítima de tais decisões. Constatou-se uma prevalência de políticas de proteção do meio ambiente, desenvolvimento tecnológico e da manutenção do nível de empregos nas decisões analisadas, evidenciando que essas políticas econômicas já têm sido efetivamente utilizadas como fundamentos para decisões dos órgãos antitruste.

Na terceira parte, foram expostos alguns dados estatísticos que demonstram empiricamente como certas políticas econômicas têm sido utilizadas para a

fundamentação de decisões da Comissão Europeia. Verificou-se que, em grande parte dos casos, a Comissão valeu-se de elementos não meramente técnico-econômicos, tendo realizado, ainda que de modo não explícito, um balanceamento entre elementos econômicos e não econômicos na fundamentação de suas decisões. Verificou-se, também, que o Cade tem levado em consideração elementos que transcendem a esfera meramente técnico-econômica nos seus julgados, com especial destaque para a preocupação com a manutenção do nível de emprego após a realização dos atos de concentração econômica.

Finalmente, ainda no Capítulo 5, verificou-se que certos mitos acerca da revisão judicial das decisões do Cade têm sido desfeitos. O estudo publicado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, que serviu de base empírica para constatações relevantes nesta tese, revelou que o Poder Judiciário tem revisado o mérito de mais da metade das decisões do Cade submetidas ao controle judicial, afastando a ideia de que o Cade é um órgão eminentemente técnico, e o Poder Judiciário não teria conhecimentos e habilidade suficientes para enfrentar o mérito de questões concorrenciais.

O Capítulo 6 destinou-se a demonstrar que as políticas econômicas constitucionais podem ser consideradas como fator de legitimidade das decisões do Cade. Esse capítulo, dividido em quatro partes, representa o núcleo argumentativo e propositivo central da tese. Inicialmente, foram expostos os principais argumentos utilizados pelos autores que entendem que as decisões dos órgãos de proteção da concorrência não devem ser fundamentadas com base em critérios de política econômica. A segunda parte destinou-se a apresentar os principais argumentos favoráveis à utilização de elementos político-econômicos nas decisões das autoridades antitruste. Na terceira parte, foram analisadas as duas ordens de argumentos anteriormente apresentados, concluindo-se pela viabilidade da adoção de elementos de políticas econômicas constitucionais como fundamentos para as decisões do Cade. Por fim, na quarta parte do Capítulo 6, defendeu-se a necessidade de adoção de um balanço técnico-político-jurídico quando o Cade estiver diante de casos em que possa haver conflito entre a preservação da livre concorrência e do bem-estar do consumidor e outros elementos constantes das políticas econômicas constitucionais. Foram propostos, também, os critérios norteadores da realização do balanço.

O balanço tem por objetivo equilibrar os fundamentos econômicos, políticos e jurídicos que devem constar nas decisões do Cade, na busca de compatibilização da livre concorrência com os demais objetivos e valores presentes na ordem econômica constitucional. O balanço técnico-político-jurídico deve ser utilizado, segundo os critérios da exclusão, da necessidade e da adequação.

De acordo com o critério da exclusão, o balanço não deverá ser realizado quando não for possível ao Cade apreciar os benefícios concretos da introdução de políticas econômicas como fundamento decisório, ou seja, quando os possíveis ganhos do balanço não puderem ser conhecidos. Também não deverá ser adotado o balanço quando o sopesamento entre livre concorrência e outros objetivos da ordem econômica tenha sido realizado recentemente pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, por meio de normas de caráter concreto. Em tais casos, a solução do conflito entre livre concorrência e outros valores já terá sido realizada por outros órgãos do Estado, tornando desnecessário que o Cade faça o balanço. Deverá, o Cade, nesses casos, aderir ao balanço já realizado pelos demais órgãos do Estado ou fundamentar sua divergência, apresentando um novo balanço que entenda mais adequado.

O critério da necessidade informa que o Cade somente deverá realizar o balanço quando estiver diante de um conflito real entre uma solução orientada unicamente pela técnica e outra solução alternativa, que privilegie elementos de política econômica constitucional. A existência do conflito entre livre concorrência e outros princípios ou valores é que determinará a necessidade da realização do balanço. Se não houver conflito, o balanço não precisa ser realizado, devendo o Cade adotar a solução que melhor resguarde a livre concorrência, já que este é o objeto imediato da tutela antitruste.

O critério da adequação consiste na verificação da existência de opções mais eficientes para resolver o conflito entre a livre concorrência e outros valores constitucionais, que não o balanço em si. Quando outros mecanismos forem mais eficientes para a preservação dos valores em conflito, não será necessário que o Cade faça o balanço, uma vez que já existem mecanismos mais eficientes para equilibrar os interesses em questão. Desse modo, caso outros tipos de intervenção estatal na economia, ou mesmo quando soluções legislativas se revelarem mais

eficientes do que o balanço, o Cade estará dispensado de proceder ao balanceamento.

Uma vez atendidos os critérios da exclusão, da necessidade e da adequação, o Cade deverá submeter o balanço ao teste da distribuição dos benefícios com os consumidores (adquirentes), verificando se haverá algum ganho para os mesmos. Esse teste não é decisivo para obstar o balanço, mas deve ser ponderado com os demais elementos presentes no caso concreto. O segundo teste a ser realizado pelo Cade diz respeito à preservação da concorrência em parcela substancial do mercado relevante. O Cade deverá verificar se há ou não a eliminação de parcela substancial da concorrência com a introdução do balanço. Esse teste também não implica necessariamente a rejeição do balanço. Quando, porém, a introdução do balanço culminar na redução de concorrência de parcela substancial do mercado relevante, o Cade deverá ponderar com muito cuidado os demais elementos do caso concreto, pois haverá uma contraindicação para a sua realização.

O balanço técnico-político-jurídico é de difícil realização, mas é uma ferramenta útil para auxiliar o Cade no julgamento dos casos complexos. Para a realização do balanço, o Cade deverá guiar-se pelo princípio da economicidade, que foi retomado no Capítulo 7, como tentativa de demonstrar que elementos técnico-econômicos, políticos e jurídicos podem ser conciliados, desde que o Cade tenha em conta a busca de uma linha de maior vantagem social, capaz de assegurar a dignidade a todos, por meio da realização dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

O princípio da economicidade, no Estado Democrático de Direito, assume função hermenêutica das normas e regras do Direito da Concorrência, possibilitando uma interpretação ampla, sistemática e coerente das normas que regem a ordem econômica. A economicidade, ao estabelecer uma tentativa de conciliação entre a quantidade de bens e a qualidade de vida, remete diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui o objetivo final da ordem econômica constitucional.

Nem sempre o aumento da quantidade de bens, oriundo de um processo de maximização de riqueza, fundado na maior eficiência econômica, representará a melhor alternativa para se assegurar a todos existência digna. O aumento

progressivo da quantidade de bens pode, em certos casos, implicar a diminuição da qualidade de vida de uma população. É o caso, por exemplo, do aumento da produção de armas e munições, de bebidas alcoólicas, ou de cigarros e outros produtos lesivos à saúde.

Por isso, não basta ao Direito Antitruste, como modo de atuação indireta do Estado no domínio econômico, a busca da eficiência com a finalidade de maximização da quantidade de bens disponíveis ao consumidor. A racionalidade econômica de adequação de meios a fins é insuficiente para a definição de qual seria a maior vantagem social. A maior vantagem social somente pode ser definida de acordo com uma racionalidade discursiva, presente nas políticas econômicas constitucionais, que são mecanismos de densificação da ordem econômica. Em decorrência dessa constatação, o balanço técnico-político-jurídico deve ser realizado à luz do princípio da economicidade, por meio do qual são apontados os fins sociais do Direito da Concorrência, sendo, o maior deles, assegurar a todos existência digna.

A admissão da fundamentação das decisões do Cade também com base em políticas econômicas constitucionais permite maior grau de legitimidade de suas decisões, no sentido de compatibilização e vinculação com os princípios e ditames da ordem econômica constitucional e os objetivos da República Federativa do Brasil, alçando o Direito Antitruste a um patamar mais elevado de comprometimento com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A interação das políticas econômicas com os demais elementos técnicos e jurídicos utilizados nas decisões antitruste é campo fértil e de poucas pesquisas no Direito brasileiro. Espera-se que esta tese possa contribuir com aqueles que se arriscam em tão vasto e complexo tema, despertando o interesse por novos estudos e reflexões que certamente serão úteis ao País.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito nacional ao Direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido. *A Análise econômica na perspectiva do jurista*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

AREEDA, Phillip; TURNER, Donald F. *Antitrust law*. Boston: Little, Brown, 1978.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. Chicago, v. 76, nº 1, p. 169-217, jan-fev. 1968.

BENSUSSAN, Gérard; LABICA, Georges. *Dictionnaire critique du marxisme*. Paris: Quadrige, 1999.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BORK, Robert H. Legislative intent and the policy of the Sherman Act. In: *Journal of Law and Economics*, The University Chicago Press, v. 9, p. 7-48, Oct. 1966.

BORK, Robert. *The antitrust paradox*. A policy at war with itself. New York: Basic Books Inc., 1978. p. 50

BOTTOMORE, Tom et al. *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 5 de outubro de 1988.

BRASIL – Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 13.6.1994.

BRASIL - Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 11.1. 2002.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Resenha Eletrônica do Ministério da Fazenda. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/mostramateria.asp?page=&cod=330523>>. Acesso em 12.10.2012.

BRASIL – Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 1º.11.2011 e retificado em 2.12.2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração N. 08012.005846/1999-12. Acórdão Publicado no Diário Oficial da União em 11 de abril 2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração de autos nº 08012.004423/2009-18. Acórdão Publicado no Diário Oficial da União em 15 de julho de 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração de autos nº 08700.004043/2012-21. Acórdão publicado no *Diário Oficial da União*, em 6 de novembro de 2012.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 70, nº 4, March, 1970.

CAMARGO, José Francisco de. *Política econômica*. São Paulo: Atlas, 1967.

CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George; PRELEC, Drazen. Neuroeconomics. How neuroscience can inform economics. In: *Journal of Economic Literature*. V. XLIII. March, 2005. p. 9-64.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CHALMERS, Alan F. *O que é Ciência, afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1995.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso). V. 53, 2008.

COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of law & economics*. Chicago: University of Chicago Press. V. 3, Oct. 1960.

COHN, Gabriel (Org.). *Weber: sociologia*. São Paulo: Ática, 1991. p. 128-141. (Coleção Grandes Cientistas Sociais, 13).

COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV. Relatório Anual 2011. p. 36. Disponível em: <http://www.ambev.com.br/media/3939214/ra_ambev_2012.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição alemã de 1919*. Disponível em, <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>> Acesso em: 13 jun. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. In: *Revista dos Tribunais*, ano 54, vol. 353, mar. 1995.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *O interesse público no antidumping*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2009.

CORIAT, Benjamin. *Pensar pelo avesso*. Rio de Janeiro: Revan/UFRJ, 1994.

COTTA, Alain. *Dicionário de Economia*. Tradução de Álvaro de Figueiredo et al. 2.ed. Lisboa: Dom Quixote, 1976.

DEL CHIARO, José; PEREIRA JÚNIOR, Ademir A. *Sistema antitruste: política ou técnica?* In: Caderno E2 - *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 19, 20 e 21 de fevereiro de 2010.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DENOZZA, Francesco. *Norme Efficienti – L'analisi economica delle regole giuridiche*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

DI NARDI. Apud CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. *Una aproximación al análisis económico del Derecho*. Granada: Comares, 1992.

DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico – Jurisprudência anotada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

EHLERMANN, Claus Dieter *et alii* (Org.). *European competition law annual 1997: The objectives of competition policy*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

ELZINGA, Keneth G. The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts? In: *University of Pennsylvania Law Review*. V. I, n. 6, Jun., 1977. p. 1191-1213.

FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARINA, Elizabeth M. M. Q; AZEVEDO, Paulo F. *Ambev: a fusão e seus efeitos no mercado de cervejas*. In: MATTOS, César (Org.). *A revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2003.

FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Concorrência como tema constitucional: política de estado e de governo e o estado como agente normativo e regulador*. In: *Revista do IBRAC*. V. 16, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo, V. 3, n. 6, p. 124-138, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.

FIORAVANTE, Eduardo *et alii*. *Conceito do modo de produção*. Coordenação e tradução de Philomena Gebran. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Textonovo, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da *et alii* (Coord.). *O cartel*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito da Concorrência e Desenvolvimento. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, nº 103, p. 205-231, jul-dez. 2011.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÉNÉREUX, Jacques. *Introdução à política econômica*. Tradução de Maria Stela Gonçalves e Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 1995.

GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, jan – jun. s.n.t. p.111-112, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Artur Mourão. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V.1.

HAWK, Barry E. *The american (anti-trust) revolution: Lessons for the EEC?* 9 *European Competition Law Review*, v. 1. 1988.

HINDESS, Barry; HIRST, Paul Q. *Modos de produção pré-capitalistas*. Tradução de Alberto Oliva. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. *Chicago and its alternatives*. *Duke Law Journal*, v. 35, n. 6, Durham: DLJ, p. 1014-1029. 1986.

Kuhn, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Económico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos da liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. In: *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. (Org. TALAMINI, Eduardo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 748-754.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico: soberania e mercado mundial*. 3. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MANDEL, Ernst. *O capitalismo tardio*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MARCON, Giuseppe. Le imprese a partecipazione pubblica: finalità pubbliche ed economicità. Apud GARCIA, Roni Genicolo. As estatais e o princípio da economicidade. *Revista de Finanças Públicas*. Brasília: Secretaria de Economia e Finanças. VXLVII, nº 370, abr/jun. 1987, p. 70-82.

MARX, Karl. *Manuscritos filosófico-econômicos*. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MATTOS, César (Org.). *A revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTEIRO, Carmem Diva Beltrão. *Política antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro*. 2003. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Escola Brasil de Administração Pública e de Empresa da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3388/CarmenMonteiro.pdf?sequence>>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

MONTORO FILHO, André Franco *et alii*. *Manual de economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ODUDU, O. *The Boundaries of EC Competition Law – The scope of article 81*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado *et alii* (Organizadores). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OLIVEIRA, Augusto. Um balanço sobre as teorias do fim da guerra fria. In: *Revista Enfoques*, do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 3, n.º 1, março 2004.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Económico*. 2. ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1981.

PIGOU, A. C. *The economics of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan & Co. 1950.

PITOFKY, Robert. The political content of antitrust. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n° 4, p. 1051-1075, 1979.

PITOFKY, Robert *et alii*. *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. New York: Oxford University Press, 2008.

POLANYI, K. *A grande transformação*. Tradução de Fanny Worbel. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POSNER, Richard. Wealth maximization and judicial decision making. In: *International Review of Law and Economics*, V. 4, 1984.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7th, New York: Ed. Aspen, 2007.

REZENDE, Fernando. *Finanças públicas*. São Paulo: Atlas, 1980.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Tradução de José Luis Pérez Hernandez. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.

ROMEUF, Jean (Org.). *Dicionário de Ciências Económicas*. Barcelona: Labor, 1966.

SALGADO, Karine. *A Filosofia da dignidade humana: por que a essência não chegou ao conceito?* 2. tiragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

SANDRONI, Paulo. *Novo dicionário de Economia*. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1994.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma pesquisa sobre lucros, capital, crédito, juros e ciclo econômico*. Tradução de Laura Shlaepper. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SELDOM, Arthur; PENNANCE, F. G. *Dicionário de Economia*. 4. ed. Tradução de Nelson de Vincenzi. Rio de Janeiro: Bloch, 1983.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. Revisão técnica de Ricardo Donisseli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1966.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Leandro Novais e. A análise econômica do direito e a vertente welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 23, p. 109-140, Jul/set. 2008.

SILVA, Leandro Novais e. *Regulação e concorrência no mercado doméstico de aviação no Brasil: a análise econômica do direito e a comparação com o processo de desregulação nos Estados Unidos*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *O CADE e o exame dos atos de concentração de empresas*. Repertório IOB de Jurisprudência, n.10. 2ª quinzena de maio de 1995.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

STEPHEN, Frank H. *Teoria econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993.

TAYLOR, Frederick Winslow. *Princípios de administração científica*. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC and public policy*. Oxford: Hart, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Rio de Janeiro: *Revista do TCE/RJ*, nº 22, jul/1991.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VAZ, Isabel. As três vertentes do Direito Econômico da Concorrência. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*, v. 65, p. 39-49, 1997.

VAZ, Isabel. Reflexões sobre uma sociedade justa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Ano XVI, nº 02, p. 227-240, 1998.

VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VAZ, Isabel. Por uma Constituição Econômica supranacional: a contribuição do Direito Econômico. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 89, 2005.

VAZ, Isabel; MARTINS, Arthur Villamil. Desafios da livre concorrência nos mercados internacionais. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; LAGE, Délber Andrade; CREMASCO, Suzana Santi (Organizadores). *Direito Internacional contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 369-406.

VIGODSKI, L. S. Teorias do desenvolvimento econômico. In: *História das doutrinas econômicas*. (Org.). VIGODSKI, S. L.; AFANASSIEV, V. S.; GROMEKA. Tradução de Renato Guimarães. V. I. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2000.

WEBER, Adolfo. *Política Económica*. Tradução de José Álvarez de Cienfuegos y Cobos. V. 1. Barcelona: Bosch, 1940.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. V. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.