

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E RACIOCÍNIO ECONÔMICO: INTERSECÇÕES ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Bruno Miragem*

Introdução. I – Defesa da concorrência e estruturas anticoncorrenciais; A) Conceitos jurídicos indeterminados na legislação de defesa da concorrência; B) Uma questão permanente: a definição de mercado relevante. II – O modelo brasileiro de defesa da concorrência e o aporte da ciência econômica. A) Condutas anticoncorrenciais e seus controles no direito brasileiro B) A eficiência econômica no direito concorrencial. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

É largamente difundida a idéia, mencionada, entre outros, por Max Weber em seu clássico *Economia e sociedade (Wirtschaft und Gesellschaft)*¹, que a ordem jurídica e a ordem econômica não podem entrar em contato de um modo direto, uma vez que atuam em planos distintos. Enquanto o direito concentra-se no plano do dever ser, a economia atua no plano dos acontecimentos reais². Entretanto, ao tomar-se a ordem jurídica como um complexo de motivações efetivas do atuar humano, e não meramente como um conjunto de normas corretamente deduzidas, esta separação desaparece, passando direito e economia a desenvolver relações bastante íntimas³.

Doutorando e Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito Internacional e em Direito Civil (UFRGS). Coordenador Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor da UFRGS; Professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Internacional e de Regulação dos Serviços Públicos da UFRGS. Professor de Direito Civil da UNIRITTER e da Faculdade São Judas Tadeu. Advogado em Porto Alegre.

¹ Leio-a na tradução espanhola: WEBER, Max. *Economia y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría *et alli*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

² WEBER, Max. *Economia y sociedad...*, p. 251.

³ Idem, p. 252.

Não é desconhecido que o isolamento do pensamento jurídico em relação a outras ciências é tributário, em boa medida, à escola do racionalismo jurídico dos séculos XVII e XVIII. Esta concebeu um modo de pensar fundado na razão, dotando o direito de uma metodologia com o objetivo de que pudesse exprimir-se *num sistema científico coerente e autônomo*⁴. Tal concepção não deixaria de aproximar, pelo menos em tese, a ordem jurídica da ordem econômica, não fosse o fato de que ao entender-se como ciência, o direito passe a refutar qualquer espécie de contribuição dos demais campos do conhecimento, naquilo que se convencionou identificar como um *sistema fechado*⁵.

A rigor, ao determinar-se o direito dado pelo legislador como espécie de verdade definitiva - postulado do positivismo jurídico dos séculos seguintes -, o raciocínio jurídico e o raciocínio científico passam a operar de modo semelhante, estabelecendo suas regras a partir de axiomas, insuscetíveis de questionamento objetivo⁶.

A razão econômica sustenta-se na construção de tipos-ideais a partir de critérios econômicos, com destaque para a comparação entre *custo e benefício*. Estes critérios pautam, a seu modo, a racionalidade do juízo econômico⁷, à medida que se podem identificar eventuais perdas e ganhos decorrentes de uma determinada decisão, decorrendo daí o próprio fundamento da idéia de bem a ser conquistado.

Em relação ao direito, a formação do seu tipo-ideal passa pela discussão dos pressupostos, a partir dos quais se deve identificar sua finalidade. Este debate - como demonstra Lopes - destaca-se no último século, a partir da divergência entre Hans Kelsen e Herbert Hart em relação a aspectos essenciais do modo de pensar jurídico. Enquanto o primeiro indica a construção do raciocínio jurídico através da identificação da conduta correta para evitar a imposição da sanção⁸, o segundo vai fazê-lo simplesmente a partir do questionamento de qual seja a conduta devida (independente da sanção)⁹. Ambas as hipóteses, contudo, possuem o traço comum de sustentarem-se no cumprimento de regras preestabelecidas¹⁰.

⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Trad. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 284.

⁵ Sobre a noção de sistema fechado, veja-se: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 66 et seq.

⁶ POIRIER, René. Rationalité juridique et rationalité scientifique. *Archives de philosophie du droit*, tome 23. Paris: Sirey, 1978, p. 17-18.

⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de direito público e economia*, n. 8. Belo Horizonte: Editora Fórum, out.-dez./2004, p. 137-170.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 35 et seq.

⁹ HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2ª ed. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 26 et seq.

¹⁰ LOPES, p. 141.

O enorme desenvolvimento econômico e tecnológico do último século¹¹ reclamou de ambas as ciências, economia e direito, uma célere e contínua aproximação¹². Em alguns setores da ciência jurídica este contato já revela uma larga tradição, como é o caso do direito civil e a regulamentação protetiva do patrimônio¹³ e do contrato¹⁴, ou ainda, nos institutos do direito empresarial, como a falência¹⁵. A razão desta proximidade pode ser encontrada se considerarmos que ambas as ciências são tendentes à busca de um resultado ótimo, seja demonstrado pela paz social em sentido amplo (como é o caso do direito), ou pela otimização dos recursos disponíveis em favor de um maior ganho futuro (no caso da economia).

Entretanto, dos amplos setores da ciência jurídica influenciados pela economia, é no surgimento de uma nova disciplina, destinada à regulação direta dos comportamentos dos agentes econômicos, que esta relação deverá ser destacada. Não é por acaso que o direito da concorrência, entre nós também indicado reiteradamente como direito econômico¹⁶ ou direito antitruste¹⁷, caracteriza-se como uma espécie de modelo institucional e procedimental econômico¹⁸ destinado à proteção de interesses juridicamente relevantes. Essa proteção

¹¹ Veja-se a respeito: CARREAU, Dominique. JUILLARD, Patrick.; FLORY, Thiébaud. *Droit International Économique*, 2ª ed. Paris: LGDJ, 1978, p. 11 et seq. No mesmo sentido: MARCHAL, André. *Systemes et Structures Économiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959, p. 466-467.

¹² Já me referi a esta situação, de modo resumido, em trabalho anterior, notadamente quanto a suas implicações no direito empresarial: MIRAGEM, Bruno. Do direito comercial ao direito empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro. *Revista de direito privado*, n. 17. São Paulo: RT, janeiro-março/2004, p. 71-98.

¹³ Para um excelente exame histórico, veja-se: CLAVERO, Bartolomé. Les domaines de la propriété 1789-1814: propriétés y propiedad en el laboratorio revolucionario. *Quaderni fiorentini de pensiero giuridico*, v. XXVII, 1988, p. 280.

¹⁴ Lembre-se aqui, a referência de Enzo Roppo, para quem o contrato é a *representação jurídica de uma operação econômica*. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11.

¹⁵ Segundo demonstra Lopes, ao regular o instituto da falência a legislação vale-se de conceitos tipicamente econômicos. Reconhece-a como espécie de estado de escassez, distinguindo-se contudo, em relação ao fato desta dar-se por iliquidez ou insolvência, variando-se a partir daí, as consequências jurídicas previstas. LOPES, p. 154-155.

¹⁶ As diferentes designações desta disciplina jurídica são reiteradas entre nós. Em texto clássico, Fábio Konder Comparatto, distingue o direito econômico como disciplina jurídica integrada pelo direito da concorrência e pelo direito do consumidor. COMPARATTO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 1976, p. 81 et seq. Já segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, o direito econômico comporta duas concepções, uma ampla e outra estrita. A concepção estrita vislumbra o direito econômico como uma disciplina nova, autônoma e original, dirigida ao estudo dos problemas colocados pela intervenção do Estado na Economia. Já para a concepção ampla, é de direito econômico quando rege relações humanas propriamente econômicas. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13.

¹⁷ A expressão direito antitruste configura-se espécie de anglicismo pela tradução para língua portuguesa, da expressão *antitrust*, consagrada no direito norte-americano. Opta por esta expressão, dentre outros: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

¹⁸ Adoto aqui a expressão de Calixto Salomão Filho. *Direito concorrencial. As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42 et seq.

destacará então, tanto o estabelecimento de garantias aos agentes do mercado¹⁹, quanto à proteção institucional da ordem econômica²⁰, de acordo com sua conformação constitucional²¹.

Daí porque é possível afirmar que o direito da concorrência, destinado a regular o comportamento dos agentes econômicos em suas relações no mercado, é uma das disciplinas jurídicas que maior contato guarda com a realidade econômica. Da mesma forma, as normas jurídicas que o integram não são apenas produzidas visando regular os fatos econômicos, como tem seu grau de significado vinculado muitas vezes aos conceitos estabelecidos pela ciência econômica.

No Brasil, este modelo institucional e procedimental caracterizado pelo direito da concorrência é relativamente recente. A lei atualmente em vigor, de 1994, tem observado um progressivo processo de utilização, em especial no que diz respeito à atuação dos órgãos do denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Entretanto, é cediço entre nós que os interesses protegidos pela defesa da concorrência identificam-se basicamente com dois elementos essenciais: a preservação do mercado e promoção de sua eficiência econômica, assim como a satisfação dos consumidores.

O presente estudo destina-se a examinar no sistema brasileiro (segundo o *atual estado da arte*) em que medida o atual modelo jurídico institucional do direito da concorrência vem influenciando a atuação dos agentes econômicos, assim como seu grau de eficiência na preservação dos interesses cuja proteção lhe é reconhecida.

I – Defesa da concorrência e estruturas anticoncorrenciais

É razoável afirmar que dentre as infrações mais explícitas as normas de defesa da concorrência está a constituição de monopólios ou a prática de atos tendentes a fins monopolistas. A definição do que seja monopólio, contudo, não prescinde da exata identificação de uma série de elementos que permitam qualificar determinada prática como de tendência monopolista ou que dê ensejo ao seu surgimento. Este tem lugar quando um só agente econômico domina a oferta de um bem ou serviço para um dado mercado. Entretanto, sua caracterização pressupõe, como é intuitivo supor, tanto a identificação de um dado significado ao conceito de *mercado*, quanto à determinação da existência ou não de uma posição dominante do agente econômico naquele mesmo mercado.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, p. 52.

²⁰ SALOMÃO FILHO, p. 75.

²¹ Eros Grau observa que a expressão *ordem econômica*, em seu sentido constitucional, deve ser tomada em dois sentidos, formal e material, caracterizando-se o modelo brasileiro, adotado na Constituição de 1988, por ser nitidamente intervencionista, no esteio da concepção de constituição dirigente, a exemplo do direito constitucional português. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros. 8ª ed. revista e atualizada, 2003, p. 153 et seq.

A teoria do monopólio, largamente estudada no âmbito do direito concorrencial, identifica os diversos prejuízos da sua prática para a eficiência econômica. Como demonstra Posner, a possibilidade do agente monopolista de aumentar seus preços faz com que um certo número de consumidores passe a buscar outros produtos para substituir o bem sob monopólio. Estes produtos, de sua vez, têm sua produção mais dispendiosa do que a do bem monopolizado, sendo que o custo adicional desta segunda opção passa a traduzir-se como espécie de desperdício para a sociedade²². Trata-se aqui, do primeiro dos malefícios do monopólio, prejuízo exclusivamente de caráter social, denominado de *dead weight loss*.

Um segundo aspecto prejudicial típico da atuação do monopólio é o aumento dos recursos transferidos aos agentes monopolistas em decorrência da alta de preços, os quais poderão ser destinados, em grande parte, para manutenção da posição de monopólio, caracterizando-se como exercício abusivo do poder dominante²³. Da mesma forma, este aumento de recursos transferidos pode ter reflexo negativo, igualmente, na distribuição da renda social, decorrente desta transferência de recursos dos consumidores aos partícipes dos agentes monopolistas.

Um outro aspecto negativo da atuação dos monopólios, por fim, caracteriza-se pelo desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência da atividade praticada de modo monopolista²⁴.

A caracterização da atividade monopolista, contudo, não é independente do domínio de uma série de outros elementos, cuja atribuição de significado e utilização adequada permitirão tanto a identificação da respectiva infração à ordem econômica, quanto inversamente, a total regularidade da conduta de um determinado agente econômico.

A. Conceitos jurídicos indeterminados na legislação de defesa da concorrência.

A importância da definição dos conceitos de *mercado* e *poder de mercado* são essenciais à medida que a teoria do monopólio não se aplica apenas às situações em que um dado agente econômico possua participação total do mercado, mas sempre quando este poder de mercado caracterizar espécie de posição dominante frente aos demais. Isto porque, embora formalmente inseridos no mercado, os demais agentes econômicos estão distribuídos de modo disperso, sem condições de competir ou contrapor-se em nível satisfatório à atuação do agente monopolista.

²² POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 264.

²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial. As estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 134-135.

²⁴ Idem.

Tais conceitos não gozam, na legislação de defesa da concorrência, do caráter definitivo e expresso de outras tantas definições que resultam de nossa técnica legislativa. Neste âmbito, o máximo de precisão admitida é em relação ao conceito de poder dominante, segundo previsão do § 2º, do artigo 20, da Lei Federal nº 8884/94, que refere: “*Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa*”.

Trata-se do emprego, na Lei de Defesa da Concorrência, de uma técnica legislativa específica, da utilização de conceitos jurídicos indeterminados bastante empregada entre nós, sobretudo no âmbito do direito privado²⁵. A definição dos conceitos jurídicos indeterminados - bastante desenvolvida pela doutrina - determina-os como aqueles cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos²⁶. Lembre-se, contudo a oportuna lição de Eros Grau, para quem não é o conceito, mas os termos que o compõem, os marcados pela indeterminação²⁷.

Os diversos conceitos indeterminados, de sua vez, classificam-se em conceitos meramente *descritivos* e conceitos *normativos*. Os primeiros descrevem objetos reais, ou que de certa forma participam da realidade²⁸. Os segundos fazem referência a valores, e apenas em conexão com o mundo das normas tornam-se representáveis e compreensíveis²⁹.

Os conceitos indeterminados subordinam-se a uma valoração do intérprete, na opção pelos significados que ordinariamente se ajustam ao caso. Neste campo muitas vezes poderão ser confundidos com a hipótese da denominada discricionariedade técnica, a qual remete para valoração e precisão de conceitos jurídicos que utilizam critérios técnicos³⁰.

No direito privado o largo desenvolvimento dos conceitos indeterminados, inseridos em normas do tipo cláusula geral, operaram a substituição da rigidez conceitual e axiológica típica de um sistema fechado, pela adoção de estruturas e modos de subsunção flexíveis, próprias de um sistema móvel. Conforme ensina Canaris, o sistema móvel ocupa uma posição intermediária entre a previsão rígida e a cláusula geral³¹. Esta última, de sua vez, resta integrada por conceitos indeterminados carecidos de valorações, os quais deverão ser preenchidos fundamentalmente em consideração ao caso concreto respectivo³².

²⁵ Para sua utilização no direito privado, veja-se o trabalho de Judith Martins-Costa. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do novo Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 129-154.

²⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Trad. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 208.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de direito público*, nº 93. São Paulo, janeiro-março/1990, p. 41-61.

²⁸ ENGISCH, p. 210.

²⁹ ENGISCH, p. 212.

³⁰ Veja-se a respeito: DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discricionariedad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1997, p. 35 et seq.

³¹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, p. 143.

³² CANARIS, p. 142.

No domínio do direito da concorrência, ao contrário do direito privado, os conceitos indeterminados não se restringem ao oferecimento de flexibilidade ou mobilidade para o sistema. Ao contrário, no mais das vezes, são os elementos que de modo mais decisivo preservam a eficácia da relação entre a norma jurídica e a realidade fática a qual esta se destina.

As normas jurídicas de defesa da concorrência possuem uma característica marcadamente intervencionista. Sua própria existência supõe a incapacidade dos agentes econômicos de regularem a si mesmos, e neste sentido, tem um nítido caráter restritivo da liberdade de atuação destes mesmos sujeitos.

A existência desta intervenção estatal, através de sua atividade jurígena incidente sobre as relações econômicas de particulares, enfrentará, contudo, uma decisiva questão. Na hipótese das normas de defesa da concorrência, em face das limitações que impõem para a atividade negocial entre os agentes econômicos, impedirem explicitamente a consecução de um dado objetivo de ganho econômico, elas deverão ser simplesmente removidas ou sustentam-se segundo algum outro objetivo? Da mesma forma, as denominadas falhas de mercado necessitam obrigatoriamente de uma definição apropriada do direito, ou a solução mais eficiente deve originar-se diretamente do mercado?

A resposta a esta questão não importa apenas, como em um primeiro momento é possível suspeitar, questionar a utilidade do próprio direito da concorrência. É ao mesmo tempo decisiva para a atividade de valoração dos conceitos indeterminados, presentes na legislação de defesa da concorrência. Uma visão econômica sustenta que a maior eficiência está nas soluções originadas pelo próprio mercado, incumbindo ao direito apenas a redução dos custos das respectivas transações³³. Por outro lado, é possível identificar no estabelecimento de regras jurídicas de defesa da concorrência o oferecimento de instrumentos específicos de promoção da eficiência e do desenvolvimento econômico.

Um dos conceitos centrais da legislação de defesa da concorrência é o que se refere à “*parcela substancial do mercado relevante*”. A concreção da expressão é central para a caracterização de uma determinada prática como lesiva à concorrência, ou mesmo à determinação da atuação dos órgãos de defesa da concorrência na imposição de restrições ou simples proibição dos negócios entre particulares tendentes à concentração de mercado, como fusões, aquisições e incorporações.

Ou seja, ainda que das normas jurídicas de defesa da concorrência surjam definições com maior ou menor grau de precisão do que se considerem práticas que ameaçam a livre concorrência (e.g. os artigos 21, 22 e 54 da Lei nº 8884/94), é na concreção dos seus significados quando surgem os maiores problemas. Em especial no que diz respeito a conceitos nitidamente econômicos como, por exemplo, os critérios de *aumento da produtividade e eficiência econômica*, presentes no inciso I, do artigo 54, da lei brasileira.

³³ POLINSKY, A. *An introduction to Law and Economics*. Boston: Little Brown Co., 1989, p. 12 et seq.

Mas não é apenas em relação a conceitos jurídicos indeterminados, ou ainda àqueles que dizem respeito a conceitos materialmente econômicos, que as normas de defesa da concorrência se subordinam a critérios assumidos por seu intérprete. A interpretação e aplicação de conceitos advindos de outros campos do conhecimento, e incorporados na atividade de realização do direito da concorrência incluem, evidentemente, uma dimensão valorativa, em consideração de um determinado objetivo ou bem a ser atingido ou preservado³⁴. No âmbito do direito da concorrência – como lembra Ferraz Júnior –, nem sempre se observa uma adequada clareza na distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, ainda que a partir destes, apesar da possibilidade de opção, deverá surgir necessariamente um ato vinculado³⁵.

Um exemplo bastante ilustrativo é a recente decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em relação ao conceito de *faturamento* estabelecido no artigo 54 da Lei nº 8884/94. A mencionada norma subordina ao exame do CADE, dentre outros, os atos que podem “*limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços*” *aqueles que “aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”*.

Ainda que se trate de expressão técnica com razoável grau de precisão, a mesma não deixou de ser utilizada em razão de objetivos perseguidos pelo sistema de defesa da concorrência. No julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002992/02004-14, em que foram requerentes ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding Inc., o mesmo foi extinto, sem julgamento de mérito, em razão de ter sido levado em conta para efeito de aplicação da norma, não o faturamento global das empresas, mas apenas o faturamento bruto anual obtido em território brasileiro³⁶. Para tanto, o Conselheiro-relator do caso observou que dos atos de concentração aprovados com restrição pelo CADE entre os anos de 2002 e 2004, apenas em um deles, os critérios estabelecidos pela Lei nº 8884/94 –faturamento e percentual de 20% do mercado – não foram aplicados em consideração do mercado brasileiro³⁷.

³⁴ No sentido do que Karl Larenz, em sua Metodologia da ciência do direito, identifica como critérios teleológicos-objetivos de interpretação: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 469 et seq.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade das decisões do CADE nos atos de concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudo da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - IBRAC*. São Paulo, v. 4, p. 87-89.

³⁶ CADE - Ato de Concentração nº 08012.002992/02004-14, em que foram requerentes ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding Inc. Relator Conselheiro Roberto Pfeiffer. Julgado em 19.01.2005. Para íntegra do voto, veja-se o sítio do CADE na internet: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 20/02/2005.

³⁷ Idem.

Tratou-se, no caso, de uma típica decisão do intérprete e aplicador da norma, em adotar um conceito mais estrito, em consideração do impacto da operação para o mercado brasileiro, harmonizando-se no caso os princípios constitucionais da livre iniciativa e da defesa da concorrência (artigo 170 da Constituição), em favor da menor intervenção possível na atividade econômica.

É certo que este contato iminente entre conceitos que à luz da ciência jurídica caracterizam-se por certo grau de indeterminação, mas que possuem no âmbito do conhecimento técnico instrumentos específicos de análise para sua precisão conceitual, oferece divergências reiteradas no diálogo entre o raciocínio jurídico e o raciocínio econômico. Sobretudo no direito concorrencial, em que o objetivo de aplicação da norma jurídica é exatamente a preservação ou promoção de uma determinada realidade econômica.

B. Uma questão permanente: a definição de mercado relevante.

De todos os conceitos manejados pelo direito da concorrência, o que oferece contínua e intensa investigação é, sem dúvida, a definição do que seja mercado relevante. Ao contrário de outras tantas definições jurídicas, o mercado relevante não possui um significado estático e perceptível desde logo, senão que deve ser avaliado segundo critérios geográficos e materiais tais, que apresentem a possibilidade de influir no comportamento dos agentes econômicos e consumidores. Sobretudo em relação aos preços e à produção das empresas compreendidas naquele universo.

Segundo bem assinala Ana Maria Nusdeo, o conceito de *mercado relevante* liga-se intrinsecamente à análise da configuração do *poder de mercado*, uma vez que o critério básico para sua determinação é o poder de reação dos consumidores e concorrentes ao aumento ou redução dos preços de um dos agentes econômicos³⁸. O fundamento deste exame concentra-se em instrumento próprio da ciência econômica identificado como *elasticidade cruzada da procura*, pelo qual se observa a relação entre a alteração do preço de um determinado produto e a venda de um segundo produto³⁹, destacando em que medida servem de substitutos entre si.

Esta explicação, contudo, não resume toda a questão. Em sua *Análise econômica do direito*, Richard Posner já chamava a atenção para o equívoco de reduzir-se a definição de mercado relevante exclusivamente a mercado de produto ou mercado geográfico⁴⁰. Os critérios

³⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica. O controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

³⁹ Idem. No mesmo sentido, veja-se em relação ao direito europeu: MAITLAND-WALKER, Julian. *European competition law*. In: MAITLAND-WALKER et alli. *Competition Laws of Europe*. London: Butterworths, 1995, p. 9.

⁴⁰ POSNER. Op. cit., p. 286-287.

a serem considerados, como a elasticidade de demanda do mercado, a participação no mercado da empresa (ou empresas) que detém supostamente o poder monopolista, e a elasticidade da oferta de outras empresas, devem sê-lo tanto em razão das possibilidades reais de atuação de concorrentes, como do nível de reação do consumidor em relação ao comportamento do titular do poder monopolista.

Identificava o jurista da Escola de Chicago - à luz da experiência norte-americana - uma tendência dos tribunais, de incluir no mercado os vendedores que efetivamente vendem ao mesmo grupo de consumidores e excluir quem não o faz. Desconsidera-se assim a possibilidade de intervenção de novos vendedores de mercados distantes, que em um primeiro momento são afastados em razão dos seus custos não serem cobertos pelos preços competitivos, mas que em relação aos preços praticados pelo agente monopolista podem cobrir seus custos e oferecer naquele mercado seus produtos⁴¹.

Este modo de pensar, nitidamente vinculado a uma racionalidade econômica estrita, serve perfeitamente aos objetivos perseguidos pelo modelo institucional e procedimental de defesa da concorrência. De matriz econômica, *o princípio da racionalidade monopolista*, decorrente da teoria neoclássica, indica que os agentes de mercado agem necessariamente para otimizar seus lucros. Neste sentido, sendo monopolista, intuitivo que promova o aumento dos preços, sendo que se não o fizer é possível até mesmo identificar a ausência de verdadeiro poder de mercado, uma vez que segundo posulado desta mesma teoria, não há poder de mercado que não seja exercido⁴².

Entre nós, um caso recente demonstra a dificuldade de precisão do conceito de *mercado relevante*, para efeito de aplicação das normas de defesa da concorrência. Chamado a decidir em relação à aquisição da empresa Chocolates Garoto S/A pela empresa Nestlé Brasil Ltda.⁴³, o CADE em sua avaliação apoiou-se principalmente na definição acerca dos mercados relevantes em relação aos quais seria centrada sua análise sobre a existência de risco à livre concorrência. O caso teve grande repercussão no Brasil por tratar-se da primeira vez, na história recente do CADE, em que este rejeitou um ato submetido a sua análise. Em sua decisão determinou a alienação, pela Nestlé, da participação acionária adquirida da Garoto, *“de modo a envolver um negócio inteiro, independente e sustentável - a um terceiro interessado, aprovado pelo Plenário, que não possua participação de mercado superior a 20% no mercado relevante e que se apresente como competidor capaz de sustentar a marca”*.⁴⁴

⁴¹ POSNER, p. 288.

⁴² SALOMÃO FILHO. *Direito concorrencial: as estruturas...*, p. 88-89.

⁴³ CADE – Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Requerentes: Nestlé do Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A. Rel. Conselheiro Thompsom Almeida Andrade, julgado em 4.02.2003.

⁴⁴ Voto do Conselheiro Thompsom Andrade no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, p. 52. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 13/02/1005.

Ao mesmo tempo em que buscou demonstrar os ganhos em eficiência decorrentes da união das operações de ambas as empresas em razão da aquisição sob exame⁴⁵, a discussão sobre a definição do mercado relevante estabeleceu-se a partir de uma primeira constatação acerca dos produtos relevantes envolvidos na atividade comum das empresas.

Na petição inicial do Ato de concentração as requerentes apontaram como mercados relevantes os de (1) balas e guloseimas; (2) chocolates sob todas as formas; e (3) achocolatados. Em seu parecer, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, embora não tenha delimitado os mercados relevantes, apontou a necessidade de inclusão dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates em pó (incluindo cacau em pó), assim como o exame compartimentado dos mercados segmentados de bombons, tabletes, *candy bars*, *snacks*, confeitos, formatos variados e ovos de páscoa.

Já a Secretaria de Direito Econômico, em seu parecer, sugeriu que a análise do ato de concentração fosse baseada em nada menos do que dez mercados relevantes, a saber: (1) balas e confeitos; (2) chocolate em pó; (3) achocolatados; (4) cobertura de chocolate líquida; (5) cobertura de chocolate sólida; (6) chocolates de consumo imediato (incluindo bombons avulsos, formatos variados, *candy bars*, tabletes até 100g); (7) tabletes de chocolates entre 101g a 400g e embalagens *multipack* (consumo futuro e familiar, compra em supermercados e compra para consumo final); (8) tabletes de chocolates entre 401g a 500g (consumo futuro e familiar, compra em supermercado, compra para uso culinário); (9) caixas de bombons; e (10) ovos de páscoa⁴⁶.

⁴⁵ Dentre os ganhos de eficiência primeiramente apontados pela Nestlé do Brasil Ltda. e aceitos pelo parecer da Secretaria de Direito Econômico estavam: a) ganhos de técnica e produção, como embalagens, fórmulas e ingredientes, sobrepeso e perdas, complexidade programativa, estoques e outras; b) ganhos na área administrativa, com a eliminação do Conselho de Administração, redução de frota de veículos, serviços e níveis hierárquicos; c) ganhos na área comercial, com a redução de mídia e pesquisa de mercado e do serviço de atendimento ao cliente; d) ganhos de logística, como insumos, matérias primas e distribuição. Relatório posterior, produzido por consultoria especializada apontou dentre os ganhos de eficiência da operação, os seguintes: a) renegociação da dívida da Garoto e redução de tarifas bancárias; b) eliminação e renegociação de prestação de serviços; c) redução de custos com fechamento de depósitos; d) ganhos com redução de locação de armazéns; e) redução de custos com embalagens; f) redução de custos com alteração de fórmulas e ingredientes; g) ganho com aproveitamento de melhores práticas da Garoto em coberturas de chocolates na Nestlé; h) ganhos com diminuição de sobrepeso; i) alinhamento de preços de matérias-primas e insumos; j) transferência da produção de achocolatados e confeitos para a Nestlé; l) redução de custos com mídias e pesquisas de mercado; m) absorção parcial da produção de ovos de Páscoa da Nestlé pela Garoto; n) ganho com renegociação de frete; o) ganho com otimização da distribuição; p) ganho com renegociação de itens de embalagens; q) ganhos com eliminação de consultorias; r) ganhos com compras de derivados de cacau; s) ganho com a eliminação da necessidade de investimento na Nestlé; t) ganho com a eliminação do Conselho de Administração da Garoto; u) ganho com repositores e promotoras; v) ganho com a transferência dos serviços administrativos da Garoto para a Nestlé. As eficiências aceitas pelo relator, contudo, somaram apenas 1, 47% do custo variável estimado pela Nestlé. Fonte: Relatório e Voto do Conselheiro Tompsom Andrade no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 13/02/2005.

⁴⁶ Voto do Conselheiro Tompsom Andrade no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, p. 4.

Uma segunda dificuldade na definição do mercado relevante neste caso situou-se na identificação dos produtos que conformariam o mercado de balas e guloseimas, havendo consenso entre os órgãos de instrução (SEAE e SDE) de que deveriam abranger balas, caramelos, pastilhas, *drops* e confeitos sem chocolate. O Conselheiro-Relator do Ato, contudo, posicionou-se definindo “na dimensão produto, balas e confeitos sem chocolates como um dos mercados relevantes da presente operação”⁴⁷.

Em relação ao mercado relevante geográfico, o voto do Conselheiro-Relator definiu, para efeito da sua análise, como sendo todo o território nacional, considerando para isso, em relação ao mercado de balas e confeitos, a reduzida presença de importações, assim como a preferência do consumidor brasileiro e a dificuldade de montar-se uma rede de distribuição capilarizada. Em relação aos outros mercados relevantes, afirma que “sua delimitação às fronteiras do território nacional justifica-se pela existência de restrições às importações, decorrentes da perecibilidade do produto, do gosto do consumidor brasileiro e da sua fidelidade à marca, além dos altos custos de internação”⁴⁸.

O exame do Conselheiro-Relator concluiu ainda que a operação submetida ao CADE não atendia ao disposto no artigo 54, §1º, da Lei nº 8.884/94, sobretudo tratando-se de mercados “com elevadas barreiras à entrada”⁴⁹, especialmente, relativas aos elevados investimentos em propaganda e marketing para garantir atratividade e fidelidade dos consumidores às marcas e aos atributos específicos dos produtos (gosto, textura, consistência, etc) e à necessidade de deter um amplo portfólio de produtos para garantir presença nos pontos de venda”. E prossegue, afirmando: “constatou-se, também, que a rivalidade remanescente após o Ato será insuficiente para impedir aumentos de preço, sendo o nível das eficiências incapaz de compensar o risco concorrencial”⁵⁰.

A dificuldade de precisão do mercado relevante, assim, é sensível na prática, ainda que se considere a natureza aparentemente simples dos elementos utilizados para sua definição, quais sejam: a existência de substitutos ao lado da demanda e da oferta. Em outras palavras, os produtos que o consumidor identifica como substitutos e a existência de produtores com possibilidade real de produzi-los.

Na atualidade, ao lado da projeção nacional do direito da concorrência, com o estabelecimento de limites à atuação dos agentes econômicos no território nacional, outro desafio vem se apresentando em relação à livre competição dos agentes econômicos no comércio internacional, dentro do conhecido processo de globalização econômica. Neste contexto, as legislações nacionais de defesa da concorrência não apenas passam a dizer respeito

⁴⁷ Voto do Conselheiro Tompsom Andrade no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, p. 4.

⁴⁸ Idem, p. 8.

⁴⁹ Por barreiras de entrada, no direito da concorrência, entenda-se “os custos que um concorrente potencial deve incorrer, em desvantagem com os concorrentes já atuantes naquele mercado”. NUSDEO. *Defesa da concorrência...*, p. 29.

⁵⁰ Idem, p. 50.

à atuação dos agentes econômicos nacionais nos respectivos territórios, como igualmente a configurar espécie de garantias para que competidores estrangeiros disputem, em razoável igualdade de condições, os mercados domésticos⁵¹.

A adequação desta realidade, ao mesmo tempo em que permite a transformação do conceito de *mercado* e, intuitivo, o conceito de *mercado relevante*, estimula a circulação dos modelos jurídicos entre países com maior tradição na legislação antitruste e outros com legislação e prática em ascensão, como no caso do Brasil.

II - O modelo brasileiro de defesa da concorrência e o aporte da ciência econômica.

O modelo brasileiro de defesa da concorrência, atualmente conformado pelos arranjos institucionais e de procedimento previstos na Lei Federal nº 8.884/94, tem na atuação especializada da Administração o seu principal ponto de apoio. O controle exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, auxiliado pelos demais órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como SEAE⁵², vinculada ao Ministério da Fazenda, e a SDE⁵³, do Ministério da Justiça, constitui a atuação nuclear no direito brasileiro em defesa da livre concorrência.

A estrutura de repressão às condutas anticoncorrenciais de sua vez, obedece ao esquema clássico de enumeração legal das condutas vedadas, e atribuição de competência aos órgãos estatais para seu controle e repressão. Há uma prioridade, em face de competência legal específica⁵⁴, para o controle administrativo exercido pelo CADE, sobretudo em matéria de atos de concentração de mercado. Sem prejuízo, entretanto, da intervenção do Poder Judiciário, em face da garantia fundamental de controle judicial inafastável, expressa no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República⁵⁵.

A questão que se coloca, contudo, é identificar o *modus operandi* dos órgãos de controle, sobretudo no que diz respeito ao método de avaliação e sanção das condutas anticoncorrenciais.

⁵¹ Para as origens do fenômeno, consulte-se CARREAU/JUILLARD/FLORY, p. 42 et seq.

⁵² Secretaria de Acompanhamento Econômico.

⁵³ Secretaria de Direito Econômico.

⁵⁴ Veja-se o artigo 7º da Lei 8.884/94, que estabelece as competências do CADE.

⁵⁵ Assim o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito”.

A. Condutas anticoncorrenciais e seus controles no direito brasileiro.

A Lei nº 8.8884/94 estabelece as espécies de infrações ao direito de livre concorrência nos seus artigos 20 e 21, determinando o caráter objetivo da responsabilidade do infrator⁵⁶, e admitindo a possibilidade de outras condutas não previstas expressamente na lei também serem qualificadas como de caráter infracional. (*numerus apertus*)⁵⁷.

As penalidades de natureza administrativa distinguem-se na imposição do pagamento de multa, proibição de obtenção de financiamentos de instituições financeiras oficiais, participação de licitações, recomendação aos órgãos públicos para concessão de licença compulsória de patentes do infrator, não concessão do parcelamento de tributos oficiais e participação em licitações. Assim como, se for o caso, a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica⁵⁸.

A competência do CADE para repressão destas condutas e imposição das respectivas sanções, de outro modo, deve ser entendida sob o prisma de que se trata de um órgão administrativo de caráter técnico, cuja avaliação dos casos trazidos ao seu conhecimento insere-se no regime de atuação dos órgãos administrativos no país. Neste sentido, uma questão de grande importância é a identificação da existência e dos limites da discricionariedade do CADE no exercício das suas competências.

No que se refere aos atos de concentração, sustenta-se que o juízo do CADE é essencialmente restrito à legalidade da operação, de natureza vinculada, e não um ato discricionário, de conveniência e oportunidade do administrador. Isso permite que o próprio mérito das suas decisões seja, assim, objeto de revisão pelo Poder Judiciário⁵⁹. E mesmo o fato da tomada de decisão pelo CADE servir-se de conceitos jurídicos indeterminados - de natureza técnica - não faz com que o ato de decidir venha a perder seu caráter vinculado e subordine-se ao poder discricionário dos conselheiros da autarquia. Inclusive porque se tratam de fatos economicamente determináveis⁶⁰, e neste sentido, possíveis de serem obtidos e demonstrados de modo objetivo.

⁵⁶ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

⁵⁷ “Art. 21. As seguintes condutas, *além de outras*, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica (...)”

⁵⁸ Artigos 23 e 24 da Lei 8.8884/94.

⁵⁹ NUSDEO, p. 229

⁶⁰ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 83.

A forma de controle das práticas anticoncorrenciais, da mesma forma, varia conforme tratem de condutas específicas (artigo 22), ou dos atos de concentração de mercado por fusões, aquisições e incorporações. Em relação a estes últimos, a lei estabelece – como já se mencionou – a competência do CADE para apreciar “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” (artigo 54).

Já as infrações decorrentes da conduta dos agentes econômicos no mercado, como colusão, recusa de contratar, prática de preços predatórios ou abuso de posição dominante, apresentam formas mais amplas de controle, inclusive com a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário⁶¹ na repressão a tais comportamentos. É de ser questionado, contudo, em que medida o Poder Judiciário utiliza-se, em sua intervenção – de modo pioneiro ou como revisor das decisões proferidas do CADE –, do aporte econômico na formação da decisão sobre os casos que lhe são submetidos.

Nesta seara, são inegáveis os benefícios oferecidos pela escola da análise econômica do direito, uma vez que sua utilidade é tida em consideração tanto na criação das normas quanto na efetividade da sua aplicação⁶². O que em outros setores do direito enfrenta resistência em face de diversos elementos propriamente jurídicos envolvidos na formação da decisão jurídica, no âmbito do direito da concorrência fornece um método de exame do caso que, sem dúvida, prestigia a formação da convicção do julgador. A perspectiva da análise econômica no âmbito do direito da concorrência ultrapassa o mero interesse das partes diretamente envolvidas. Busca identificar os reflexos diretos da questão em debate para o contexto econômico em geral, o que no direito concorrencial pode envolver um ou mais mercados relevantes, assim como o ambiente econômico global.

E com maior fundamento quando se tratam de temas explicitamente econômicos, observa-se a exigência natural de que se recorra ao aporte das ciências econômicas para o exame e decisão do caso. As razões para tanto são especialmente duas: a necessidade de examinar-se a repercussão da decisão jurídica além dos interesses diretamente envolvidos, ou simplesmente o desafio de interpretação e obtenção de significados adequados às expressões econômicas incorporadas no texto da lei, como é o caso da própria noção de *eficiência*.

⁶¹ Neste caso, com a natural separação entre os planos judicial e administrativo, na hipótese de atuação concomitante do CADE. A respeito, veja-se, por exemplo, a decisão do STJ: Habeas Corpus 20555/MG; 5ª Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 18/02/2003; Publicado no DJU de 24/03/2003, p. 245.

⁶² ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 7 et seq.

B) A eficiência econômica no direito concorrencial.

Os objetivos do direito da concorrência, conforme já mencionado, dizem respeito à eficiência do mercado pela promoção e preservação da competição dos agentes econômicos. Neste contexto, um dos conceitos mais utilizados para exame do adequado funcionamento do mercado é o da *eficiência*.

As normas de direito da concorrência, neste sentido, fazem-lhe menção expressa, seja para excetuar da definição de infração à ordem econômica “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (artigo 20, §1º, da Lei 8.884/94), ou ainda prevendo a possibilidade de autorização pelo CADE de atos que visem “propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico” (artigo 54, §1º, alínea “c”, da Lei 8.884/94).

A eficiência como elemento econômico é demonstrada segundo diversos critérios, dentre os quais a denominada *eficiência de Pareto*, pela qual esta restará caracterizada sempre que se possa operar a melhora de alguém, sem que haja prejuízo de outrem, associando-se para tanto os princípios de *otimização e equilíbrio*⁶³. O critério de superioridade, no sentido de Pareto, é o da unanimidade de todas as pessoas afetadas⁶⁴, tratando-se, portanto, da maximização da riqueza produzida.

A adoção deste critério para definição da regularidade jurídica de uma determinada conduta do agente econômico do mercado é extremamente útil e compatível com o sentido das normas de defesa da concorrência. No regime atual da Lei Federal nº 8.884/94, os denominados *ganhos de eficiência* - mais do que excluir o caráter antijurídico de uma conduta - servem para legitimar uma determinada operação que implique concentração de mercado, mas que igualmente represente acréscimo em eficiência e desenvolvimento⁶⁵.

⁶³ CÓSSIO DÍAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 239-240.

⁶⁴ POSNER, p. 21.

⁶⁵ Atualmente há setores que tradicionalmente estiveram alheios a competição econômica, mas que observam tendência de crescente concorrência, como no caso do mercado de energia elétrica. O processo de desestatização em meados da década passada e os modelos de regulação do setor implementados a partir daí, assumem claramente um caráter promocional da concorrência econômica. Segundo Adilson de Oliveira, “a organização do setor oferecia condições favoráveis a um crescimento rápido do suprimento de eletricidade, mas não conduzia à eficiência econômica, seja na produção ou na alocação de recursos.” OLIVEIRA Adilson de. *O Novo Mercado Elétrico Brasileiro: Coordenação ou Concorrência?*. Disponível em <http://www.iamericas.org>. Acesso em 25/02/2005. E ainda que o comportamento vacilante sobretudo na definição do modelo de regulação na última década, tenha desencorajado o setor, a tendência é de aumento dos investimentos privados e da competição entre os diversos geradores.

Ocorre, entretanto, que os *ganhos de eficiência* nem sempre são verificáveis *a priori*, dependendo de uma série de fatores, ou do próprio decurso do tempo para que possam ser identificados com maior precisão nos casos de concentração de empresas por fusão, aquisição ou incorporação. E não sendo passíveis de verificação, é intuitivo que não possam ser demonstrados para as autoridades de controle, incumbidas de examinar as características da operação e sua repercussão para o ambiente de livre concorrência.

Os ganhos de eficiência distinguem-se basicamente em três categorias. As *sinergias*, as *não-sinergias*, e os denominados efeitos de *take over*. No caso das sinergias, dizem respeito à integração de partes que geram ativos de difícil disposição no mercado, acarretando redução de custos e racionalização técnica. No caso das não sinergias, tratam-se de eficiências decorrentes da organização da produção em face das unidades existentes, operando a redução de custos fixos. Por fim, em relação aos efeitos de *take over*, consistem na substituição de níveis de administração, estabelecendo-se uma espécie de *disciplina de gestão*, o que dificilmente é possível de ser verificado ao tempo do exame do ato de concentração pelos órgãos de defesa da concorrência.⁶⁶

Um modelo importante para a identificação das eficiências no âmbito da defesa da concorrência foi o proposto por Oliver Williamson, centrado na análise dos efeitos líquidos de um ato ou conduta através da comparação entre *ganhos de eficiência alocativa*, decorrentes da redução de custos e melhor aplicação de recursos, com os efeitos anticompetitivos associados ao aumento de poder de mercado, expressos em reduções das quantidades ofertadas e o aumento de preços⁶⁷. Implica na conclusão de que toda operação que gere ganhos de eficiência superiores ou iguais às perdas de eficiência geradas pela própria operação deverá ser aprovada.

A natureza compensatória entre os ganhos de eficiência e as perdas para o mercado e para o consumidor é bem demonstrada em outro caso de larga repercussão, submetido ao exame do CADE: a união entre as cervejarias brasileiras Brahma e Antártica, para dar origem à Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV. Neste caso convergiram os órgãos de

⁶⁶ Nos Estados Unidos da América, a Seção 4 do Guia para a Análise de Atos de Concentração Econômica (*Horizontal Merger Guidelines*), publicado pelo U.S. Department of Justice e a Federal Trade Commission reconhece a dificuldade de identificação das eficiências em determinados processos de concentração, nos seguintes termos: “Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the merging firms. Moreover, efficiencies projected reasonably and in good faith by the merging firms may not be realized. Therefore, the merging firms must substantiate efficiency claims so that the Agency can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved (and any costs of doing so), how each would enhance the merged firm’s ability and incentive to compete, and why each would be merger-specific. Efficiency claims will not be considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.” Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/4.html. Acesso em 20/02/2005.

⁶⁷ Williamson, O. Economies as an Antitrust Defense: the Welfare Tradeoffs. *American Economic Review*, v.58, março de 1968.

defesa da concorrência (SEAE⁶⁸ e SDE⁶⁹) nos pareceres oferecidos ao processo, indicando que os *ganhos de eficiência* não acompanhavam na mesma proporção, as perdas ocasionadas ao consumidor no que diz respeito ao mercado relevante de cervejas.

Neste sentido, a sugestão, acolhida pelo Plenário do CADE, foi da aprovação da operação, condicionada à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho, na forma do artigo 58 da Lei Federal nº 8.884/94, e que terminou sendo assinado em 19 de abril de 2000. Estabeleceu o referido Termo, a obrigação da AMBEV de venda de uma das marcas comercializadas (marca Bavária) e de cinco unidades fabris, bem como o compartilhamento da distribuição, visando à entrada em escala nacional de concorrente no mercado de cervejas.

A *eficiência econômica* enquanto conceito jurídico determinante de uma decisão do órgão competente, como é o caso na interpretação dos artigos 20, §1º, e 54, §1º, alínea “c”, da Lei 8.884/94, constitui o ponto de contato principal entre os raciocínios jurídico e econômico. O primeiro deverá concentrar-se no preenchimento do significado do termo *eficiência*, constante das normas mencionadas, de modo a realizar a atividade de subsunção e aplicação da norma jurídica. Sob a perspectiva econômica restará a adoção dos meios técnicos adequados à identificação e mensuração dos *ganhos de eficiência* – quando existirem – e seu cotejo com as perdas decorrentes da operação sob exame.

O ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, distingue o controle da eficiência em relação às estruturas e às condutas anticompetitivas. Em relação às primeiras, os atos de concentração ensejam o exame da eficiência a partir de um *comportamento futuro* dos agentes econômicos, considerando informações sobre o mercado e a trajetória dos agentes envolvidos. No que diz respeito às condutas, o comportamento avaliado é real e presente – e.g. a formação de cartel, ou a venda casada – e desde logo considerado contrário ao conceito de eficiência admitido na norma de defesa da concorrência⁷⁰.

⁶⁸ Consta do relatório do voto da Conselheira Relatora Hebe Romano: “Concluiu a SEAE que a operação apenas acarretou perdas para a eficiência econômica e para o bem-estar do consumidor no mercado de cerveja, pelos seguintes motivos: a participação de mercado das requerentes é suficientemente alta para viabilizar o exercício do poder de mercado, em especial na forma de aumentos de preços; as importações não são e nem poderão vir a ser, em um prazo de tempo razoável, uma opção efetiva para os consumidores; a entrada de novas empresas não é suficiente para inviabilizar aumentos de preços; as demais marcas existentes não são alternativas efetivas para os consumidores das marcas que estariam sob controle das requerentes; as eficiências alegadas pelas requerentes não parecem compensar as perdas para os consumidores e para a eficiência econômica, derivadas de um provável aumento de preços de cervejas. CADE - Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12. Conselheira Relatora Hebe Romano, p. 114. Julgado em 30/03/2000. Publicado no DOU de 110/04/00, p. 1.

⁶⁹ Referiu o Relatório da Conselheira Relatora, em relação ao Parecer da SDE: “Considerando inadequados os remédios com finalidade compensatória (compromissos comportamentais), concluiu a SDE que a intervenção deve ser sancionadora, sendo adequada a adoção de remédios estruturais, realizada através de desinvestimento, com alienação de ativos das requerentes para concorrentes capazes de restabelecer a concorrência no mercado.” CADE - Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12. Conselheira Relatora Hebe Romano, p. 115. Julgado em 30/03/2000. Publicado no DOU de 110/04/00, p. 1.

⁷⁰ Neste sentido, veja-se: SALOMÃO FILHO. *Direito concorrencial: as condutas*, p. 145-146.

Trata-se, sem dúvida, de uma das fronteiras mais sensíveis presentes no ordenamento para utilização dos conhecimentos próprios entre o direito e a economia, exigindo do intérprete alto grau de saberes e abertura intelectual, para que se evite o desvirtuamento do sentido próprio que o legislador indicou às mencionadas normas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente complexidade das relações jurídicas desafia o intérprete e aplicador do direito a abrir-se para novos métodos de formação das decisões, colocando em relevo o papel desempenhado pelas ciências econômicas – e de uma *perspectiva econômica* – como importantes instrumentos a serem utilizados em benefício da efetividade e adequação destas mesmas decisões. Contudo, o que em diversos setores da ciência do direito apresenta-se como uma *opção metodológica*, no que diz respeito ao direito da concorrência assume a qualidade de *exigência* do intérprete, condição para a adequada aplicação das respectivas normas.

E não apenas em face da incorporação de conceitos econômicos nas normas de direito da concorrência. Neste caso, as próprias exigências clássicas da interpretação jurídica remetem para a economia com a finalidade de exata apreensão do sentido da norma como condição de sua aplicação. A perspectiva do direito da concorrência, como regra geral, ultrapassa o interesse direto das partes envolvidas, tendo como principal objeto de proteção os interesses difusos da comunidade (e dos consumidores), ou ainda uma noção de interesse institucional – no caso, a proteção do próprio mercado⁷¹.

Este fato naturalmente ressalta o caráter essencial da consideração dispensada pelo jurista para a repercussão econômica e social da decisão jurídica em matéria concorrencial. A efetividade da aplicação da norma jurídica, assim, irá depender da adequada utilização dos instrumentos econômicos disponíveis e, sobretudo, de um *exame prognóstico de futuro*, em relação ao alcance das decisões no ambiente econômico geral.

⁷¹ A este respeito: SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 75