

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 124  
outubro/dezembro — 1994

*Editor:*  
*João Batista Soares de Sousa*



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

# Nova legislação antitruste brasileira

## Aspectos regulamentares e institucionais

ISABEL VAZ

### SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A concorrência e a competição como fenômenos naturais. 3. A concorrência como fenômeno econômico. 4. A verificação do fenômeno da concorrência. 5. A idéia de concorrência perfeita segundo algumas teorias econômicas. 6. As principais qualificações da concorrência. 7. A "concorrência monopolística". 8. A noção de concorrência pura. 9. A adoção de um tipo de concorrência praticável (workable competition) e a mudança de enfoque do tema na Carta Brasileira de 1988. 10. Evolução na legislação brasileira antitruste. 11. A defesa da livre concorrência na Constituição Brasileira de 1988. 12. Aspectos regulamentares e institucionais. 13. Conclusões.

#### 1. Introdução

A expressão inglesa *trust* significa confiança, crédito, esperança, guarda, cuidado. No sentido etimológico da palavra, o *trust* origina-se de uma instituição do *common law* britânico, que se aproxima do fideicomisso. Em ambos os institutos reina a idéia de um "contrato de lealdade", a demonstrar que as partes são movidas pela fé e pela confiança que entre elas deve existir, no estabelecimento da relação jurídica.

Em suas origens, pois, o *trust* é um contrato de lealdade pelo qual *cestui que trust*, ou seja, aquele que confia, também chamado *settler*, deposita um bem em mãos de um *trustee* (fiador, guarda, agente fiduciário), que deve conservá-lo e administrá-lo em proveito do depositante ou de terceiros, sem poder retirar dele o menor benefício<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cf. WASSERMAN, Max J. *L'Oeuvre de la Federal Trade Commission*. Paris, Marcel Giard Editeur, 1925, p. 10. FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. 2.<sup>a</sup> éd. refondue. Presses Universitaires de France, Paris, 1982, pp. 610-611.

Isabel Vaz é Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro Honorário do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo - IBRAC.

Conferência proferida na Associação Comercial de Minas Gerais, a 10.5.93.

Os trusts foram utilizados, inicialmente, nos Estados Unidos, em fins do século passado, como um instituto jurídico destinado a promover a defesa de certas empresas contra uma concorrência desenfreada e predatória, que vinha provocando efeitos devastadores na economia norte-americana.

Com o correr do tempo, os trusts passaram a constituir uma modalidade importante de concentração do poder econômico.

Os excessos e o uso abusivo de tal poder acabaram colocando o contrato de *trust* na ilegalidade. Atualmente, a palavra *trust*, que já está dicionarizada em português como "truste", designa – impropriamente, segundo alguns – todas as grandes empresas, combinações de sociedades ou monopólios que obtiveram o controle de um setor do mercado, quer tenham sido tais agrupamentos constituídos através de um contrato de *trust* ou por outro meio qualquer<sup>2</sup>.

Designar um truste aprioristicamente como uma figura delituosa não é, assim, a posição científica mais correta, segundo a opinião de muitos autores<sup>3</sup>.

Tanto isso é verdade que a doutrina forjou os conceitos de *good* e de *bad trusts* e as leis dos diferentes países, assim como o Direito comunitário europeu, admitem como benéficas determinadas formas de concentração econômica enquadráveis na categoria de truste.

No entanto, é forçoso admitir que a expressão é usada correntemente no Brasil, por inspiração do *Sherman Antitrust Act*, de 1890, como sinônimo de uma entidade ou forma de concentração de poder econômico utilizada de modo abusivo. Assim, convencionou-se denominar *legislação antitruste* o conjunto de regras e de instituições destinado a apurar e a reprimir as diferentes modalidades de abuso do poder econômico. Atualmente, incluem-se naquele arsenal as regras e os institutos voltados para a defesa da livre concorrência.

O poder, na concepção dos sociólogos, como Max Weber, consiste na possibilidade de impor sua própria vontade ao comportamento de outras pessoas<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cf. WASSERMAN, op. cit., pp. 11 e 12.

<sup>3</sup> Cf. WASSERMAN, op. loc. cit., KELES, Albert M. *Good and Bad Trusts* 30. Harvard Law Review, p. 830. COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3.ª ed. Forense, Rio, 1988, pp. 123-124, nota 26.

<sup>4</sup> Para Max WEBER, "Poder significa la posibilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una

Poder econômico, segundo o juseconomista francês Gérard Farjat é a capacidade de impor sua vontade a pessoas juridicamente autônomas<sup>5</sup>.

Norberto Bobbio destaca, na composição do poder econômico, a posse ou a disponibilidade dos bens de produção, como elemento capaz de conduzir os que não os possuem a adotar um determinado comportamento, que pode exprimir-se sob a forma de um tipo de trabalho, mediante a promessa e a atribuição de uma compensação<sup>6</sup>.

O poder político, fundado sobre a posse dos instrumentos através dos quais se exerce a força física, isto é, por meio das armas de qualquer espécie ou grau, é o poder coativo no sentido mais estrito da palavra<sup>7</sup>. O poder político, denominado também poder supremo, é reconhecido ao Estado, que detém à exclusividade do uso da força ou da coação física.

A prerrogativa atribuída ao Estado – enquanto detentor do monopólio da produção jurídica – de recorrer à coação para fazer cumprir as leis, só se justifica se o Estado se voltar para a realização do bem comum<sup>8</sup>.

Quando o poder político passa a sofrer influências desarrazoadas dos detentores do poder econômico, ocorre um desvirtuamento do papel do Estado, que se vê forçado a abandonar a procura do bem comum para promover os interesses de um pequeno grupo de indivíduos. E esse desvio começa a influenciar a própria qualidade do direito produzido, na medida em que o processo de produção legislativa, monopólio do Estado, sofre as ingerências injustificáveis de interesses particulares.

relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad" (*Economía y Sociedad*, v. I, 2.ª ed. em espanhol. Trad. de José Medina Echavarría et alii, da 4.ª ed. em alemão, do título "Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie". Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 43).

<sup>5</sup> FARJAT, Gérard. op. cit., p. 375. Ver ainda, sobre as diferentes formas de poder, VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Forense, Rio, 1992, pp. 179-182.

<sup>6</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. "O significado da política" (*O que é a política*. Coletânea de textos editada pelo Instituto Tancredo Neves, Brasília, 1988, pp. 21-37).

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. G. Giappichelli - Editore, Torino, 1958, pp. 15 e ss.

Nenhum ordenamento jurídico aboliu ou condenou o poder econômico. O que as leis procuram fazer é coibir o uso abusivo do poder econômico, tendente a dominar os mercados, a aumentar excessivamente os lucros, ou a eliminar total ou parcialmente a concorrência.

Como a formação dos trustes foi uma das mais eficientes formas de concentração e, em seguida, de abuso do poder econômico, as normas destinadas a promover a apuração dos delitos dessa natureza e a sua repressão, passaram a denominar-se *legislação antitruste*.

Atualmente, e sobretudo após a promulgação da Constituição brasileira de 1988, aquela expressão não é a mais adequada. A *livre concorrência* foi consagrada como princípio informador das atividades econômicas (art. 170, IV, da CF/88), enquanto a “repressão aos abusos do poder econômico”, mais assemelhada à *legislação antitruste*, transformou-se em instrumento de defesa daquele princípio. É assim que figura no quarto parágrafo do artigo 173 da Constituição vigente.

Sobre os sentidos que pode assumir a expressão concorrência, muitas contribuições doutrinárias foram oferecidas, variando em função da abordagem feita. Para que exista concorrência, é preciso existir competição. Assim sendo, convém analisar a interpenetração que se opera no campo doutrinário entre estas palavras, a partir da compreensão de suas origens etimológicas.

Competição, substantivo feminino, segundo o Novo Dicionário Aurélio, origina-se do latim *competitione* e significa “ato ou efeito de competir”; “busca simultânea por dois ou mais indivíduos, de uma vantagem, uma vitória, um prêmio”; “luta, desafio, disputa, rivalidade”; em biologia adquire o sentido de “luta dos seres vivos pela sobrevivência, especialmente quando são escassos os elementos necessários à vida entre os componentes de sua comunidade”<sup>9</sup>.

Nesta última acepção, enquanto fenômeno natural, a competição expressa o princípio da “sobrevivência do mais forte”, que, ao lado das teorias da “seleção natural” e da “luta pela sobrevivência”, foi objeto de relevantes pesquisas de Charles Darwin, a partir de estudos de Herbert Spencer e Malthus, entre outros cien-

tistas<sup>10</sup>.

2. *A concorrência e a competição como fenômenos naturais*

Na verdade, a idéia de competição como *fenômeno natural* e como expressão do princípio de sobrevivência (*econômica*) do mais forte (*economicamente*) foi preconizada pelos clássicos e neoclássicos da economia, os quais chegaram, inclusive, a equiparar as forças do mercado competitivo de oferta e procura com as forças biológicas, segundo as quais Darwin explica a seleção natural: a competição no mercado era também a sobrevivência do mais forte<sup>11</sup>.

A expressão portuguesa *concorrência*, do século XVI, o espanhol *competencia*, o italiano *concorrenza*, dos séculos XIV-XV, o alemão *Konkurrenz*, do século XVII, ligam-se ao princípio presente latino *concurrentis*, “concorrente” (do latim *currere*, “concorrer”), origem do francês *concurrent*, de 1120, donde o francês *concurrency*, de 1559<sup>12</sup>. A literatura jurídica inglesa e a norte-americana adotam as palavras *competition*, *competition law*, *competition Act*, *competition Policy*, com significado semelhante ao de “concorrência”, direito da concorrência, lei da concorrência, e assim por diante.

As expressões *concorrência* e *competição* adquirem, tanto em português quanto em espanhol – onde *competencia* é a forma consagrada –, conotações de relevo para o seu enquadramento jurídico.

De acordo com uma conceituação difundida no mundo dos negócios e em economia política, a concorrência “significa a ação desenvolvida entre competidores pela disputa de um mercado ou a simples venda de uma mercadoria”<sup>13</sup>.

Um sentido mais técnico acentua os matizes existentes entre as duas palavras, segundo

<sup>10</sup> Cf. DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Tradução de Joaquim Dá Mesquita Paúl. Livraria Chardron, de Lelo & Irmão, Editores. Porto, s.d. 1.ª ed. em inglês, 1859, pp. 53-55; 70-71.

<sup>11</sup> Cf. FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Prólogo de Manuel Olivencia. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1987, p. 26. Nota 5. Tradução livre. Os destaques encontram-se no original.

<sup>12</sup> Cf. Verbete “concorrência”, *Enciclopédia Mirador Internacional*, v. 6. Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., São Paulo, 1976, p. 2714.

<sup>13</sup> Cf. Verbete “concorrência”, *Enciclopédia Mirador Internacional*, cit., p. 2714.

o *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*, que define *concurrência* como *la junta de varias personas en un lugar* (identificado por Font Galán ao “mercado”); e *competencia* como *a disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa* (1.ª aceção) e ainda a *oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa* (2.ª aceção)<sup>14</sup>.

Com importantes obras editadas em espanhol, o juseconomista húngaro Cottely, naturalizado argentino, também enxerga na *competencia* uma *disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre una cosa* (...)<sup>15</sup>. Considera a *concurrência*, igualmente *la junta de varias personas en un lugar, acaecimiento o conjunto de varios sucesos o cosas en un mismo tiempo o asistencia, ayuda o influjo*<sup>16</sup>. Tomada no sentido econômico, a palavra afasta a hipótese de assistência ou ajuda, para assumir o aspecto de disputa, de rivalidade, de luta, de exclusão do outro contendor.

Enquanto fenômenos naturais, concorrência e competição, apesar de não constituírem sinônimos perfeitos<sup>17</sup>, possuem em comum a idéia de disputa e de rivalidade.

Por uma questão de coerência com a terminologia predominante na legislação brasileira, será usada a palavra concorrência, levando-se em conta, para a composição de seu conceito jurídico, o “componente econômico” encontrado por Cottely na idéia de “competição”<sup>18</sup>.

Esta posição, contudo, não é suficiente e cumpre reforçá-la com o pensamento de Font

<sup>14</sup> Cf. *Diccionario de la Lengua Española...* cit, 20.ª ed. 1984, transcrito por Font Galán, op. cit., p. 24.

<sup>15</sup> COTTELY, Esteban. *Teoría del Derecho Económico*. Frigerio Artes Gráficas, S.A. C. e I, Buenos Aires, 1971, p. 378, nota 295. Tal como ocorre em português, a competência tem na semântica jurídica outro significado apontado por COTTELY: “la atribución legal del juez para actuar” (op. loc. cit.). Com razão, adverte o autor citado: “la utilización de la misma palabra para os nociones por completo diversas es la fuente de mal entendimiento” (*Idem*).

<sup>16</sup> COTTELY, E., op. loc. cit.

<sup>17</sup> Não obstante as diferenças de sentido apontadas, para alguns, competição é “o mesmo que concorrência” (Verbetes “competição” in *Dicionário de Sociologia*. Editora Globo, Rio de Janeiro, 1961, p. 72).

<sup>18</sup> Afirma COTTELY, E. op. cit. p. 378: “La competencia está más cerca del concepto económico y la concurrencia al concepto jurídico”.

Galán, para quem *la concurrência es el sustrato económico-material de la “competencia entre empresarios” y también el presupuesto fáctico natural de la competencia entendida como elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado*<sup>19</sup>. De modo geral, prossegue o autor citado, sem uma prévia situação de concorrência (*concurrência*) não é possível falar de competição (*competencia*) entre empresários, nem tampouco do funcionamento efetivo de um sistema de economia de mercado<sup>20</sup>.

### 3. A concorrência como fenômeno econômico

O Direito e a Economia, ainda que de modo fragmentário e não sistematizado, sempre fizeram parte, como a Filosofia e a Religião, das cogitações da humanidade. A Economia, em razão da necessidade de administrar meios cada vez mais raros de sobrevivência; o Direito, como instrumento de organização da vida social; a Religião e a Filosofia, enquanto repositórios de possíveis respostas às indagações do homem sobre si mesmo, sobre o universo e sobre Deus.

Um ramo do conhecimento comunica-se com outro, oferece-lhe subsídios, ou desperta novas indagações, de modo que a interinfluência de informações pode contribuir, quando adequadamente utilizada, para uma análise, mais completa de um determinado assunto.

Os esclarecimentos prestados pelos estudiosos da linguagem indicaram, quanto aos aspectos etimológico e semântico, os sentidos de disputa, de rivalidade, de luta, abrigados pela expressão *concorrência* mostrando o quanto a “competição” pode estimular a eficácia, promovendo o aumento da produtividade, a baixa dos preços de custo e a melhoria dos serviços prestados.

O significado de “correr com” alguém, pressuposto da concorrência e, em certo sentido, da competição, pode verificar-se em campos diferentes, como no plano da sobrevivência, em uma disputa esportiva, artística ou sentimental.

Trata-se, neste tópico, de situar o tipo de concorrência de que se cogita, como objeto destas reflexões, no campo adequado: a “concorrência empresarial”, no terreno econômico e de acordo com determinadas correntes doutrinárias. A abordagem se limita, pois, à exposição sucinta de algumas teorias que explicam o

<sup>19</sup> FONT GALÁN, op. cit. p. 24.

<sup>20</sup> Cf. FONT GALÁN, op. loc. cit.

fenômeno econômico da concorrência, as principais formas admitidas e institutos como o monopólio e as combinações ou influências recíprocas que entre eles costumam ocorrer.

#### 4. A verificação do fenômeno da concorrência

Para que se verifique a concorrência, na opinião de Ferreira de Souza, torna-se necessária a coexistência de três "identidades":

- a) de tempo;
- b) de objeto; e
- c) de mercado<sup>21</sup>.

No desdobramento dos pressupostos apontados, afirma, quanto ao "tempo", que deve tratar-se da mesma época, pois não se opõem economicamente produtores, comerciantes ou industriais de fases distantes entre si. Como a concorrência supõe a possibilidade de uma disputa pela preferência de terceiro, não se verifica o fenômeno, se as pessoas estiverem afastadas no tempo<sup>22</sup>.

A identidade do "objeto" deve ser compreendida em sentido relativo, abrangendo não apenas os de espécie idêntica (concorrência direta), mas ainda os afins, os que os substituem, embora não inteiramente iguais, nem dotados do mesmo grau de utilidade (concorrência indireta)<sup>23</sup>.

Ainda segundo Ferreira de Souza, por mais ampla que se mostre, a capacidade de absorção dos consumidores tem um fim, existe um ponto de saturação, quer em relação à quantidade dos produtos, quer quanto aos preços<sup>24</sup>.

Quando o preço atinge um nível exagerado, prossegue o autor citado, seja em razão dos artificialismos dos monopólios, ou por motivos econômicos naturais, os consumidores não só restringem o consumo, mas procuram sucedê-

<sup>21</sup> Cf. SOUZA, Ferreira de, *União de empresas concorrentes*. Tese. Rio de Janeiro, 1939, p. 8. Os destaques constam no original. O autor reporta-se à obra de Giovanni Fontana, "La Disciplina della Concorrenza Negli Stati Uniti d'America" (1937).

<sup>22</sup> Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 8.

<sup>23</sup> Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 8. A idéia de razoável substituição de um produto por outro semelhante, como, por exemplo, os materiais flexíveis usados para embalar mercadorias (celofane) está na origem de um importante caso decidido pela Suprema Corte dos EUA, quando se cunhou a expressão "mercado relevante". Ver, a propósito, na Segunda Parte, nota ao art. 13 da Lei n.º 8.158/91 e a bibliografia indicada.

<sup>24</sup> Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 8

neos, imitações<sup>25</sup>.

Assim o autor explica o desenvolvimento da procura da chicória nos países tradicionalmente consumidores de café, quando este produto atinge alto preço<sup>26</sup>. Por razões semelhantes, aduz Ferreira de Souza, procurou-se, no Brasil, adaptar os motores a combustíveis nacionais mais baratos, embora tecnicamente menos rendosos, quando a desvalorização da moeda brasileira provocou aumento dos preços da gasolina<sup>27</sup>.

O terceiro requisito, a "identidade do mercado", vem substituindo a idéia de "identidade territorial". O notável progresso e o aperfeiçoamento dos meios de transportes e de comunicações relativizaram as distâncias. Na expressiva linguagem de Ferreira de Souza, "as maravilhas da inteligência humana zombam dos pequenos âmbitos territoriais, alargando o conceito do mercado, para o efeito da realização dos negócios e conseqüente ajustamento dos preços"<sup>28</sup>.

Além da verificação dos requisitos apontados, lembra Ferreira de Souza, para existir concorrência entre duas empresas, elas não podem encontrar-se em uma relação de complementaridade ou de instrumentalidade. Esta situação ocorre, por exemplo, entre uma fábrica e o estabelecimento comercial que lhe compra os produtos para revendê-los; aquela que prepara a mercadoria semitrabalhada e que a toma neste estado como matéria-prima para transformá-la em outra; da mesma forma, a empresa agrícola é a consumidora dos seus gêneros.

Nos casos relacionados por Ferreira de Souza, uma empresa é condição da existência da outra. Elas se complementam, "se integram, colaboram reciprocamente, agem em sucessão, estão colocadas na mesma linha reta, mas em pontos diferentes"<sup>29</sup>.

A presença da identidade ou semelhança de produtos funciona como excludente da hipótese de concorrência quando se considera, *verbi gratia*, a atividade de um banco e a de uma estrada de ferro, ou a de uma empresa de navegação. A absoluta diversidade dos produtos afasta a situação de concorrência<sup>30</sup> entre as

<sup>25</sup> Cf. SOUZA, F. de., op. loc. cit.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 9.

<sup>28</sup> SOUZA, F. de., op. cit., p. 9.

<sup>29</sup> SOUZA, F. de., op. cit., p. 10

<sup>30</sup> Cf. exemplos recolhidos por Ferreira de Souza, op. cit., pp. 10-11, afasta-se a hipótese de concor-

empresas consideradas, não obstante possam existir laços decisivos unindo as atividades, como o financiamento bancário dos outros empreendimentos.

Singelamente expostos, estes aspectos e requisitos necessários à configuração da concorrência *tout court* preparam o terreno para outros modos, tipos ou qualificações do fenômeno.

Inegavelmente, a atividade econômica é uma das mais dinâmicas, flexíveis e criativas entre todas as que podem atrair a atenção do homem. Por necessidade ou por vocação empresarial, pelo espírito de aventura, pelo prazer do risco ou desejo de intercâmbio com seus semelhantes, o homem vem aperfeiçoando as técnicas comerciais, campo de eleição da concorrência.

As hipóteses possíveis dos móveis ou razões que levam as pessoas a se dedicarem a uma indústria, ou a uma atividade comercial, podem ser variadas. Mas o seu aspecto econômico se revela quando a atividade adquire o sentido de luta contra a "raridade"<sup>31</sup>.

Não se pretende entrar no mérito da teoria malthusiana sobre as conseqüências do aumento em progressão geométrica da população, em relação à progressão aritmética do crescimento dos meios de subsistência<sup>32</sup>. Mas as estatísticas demonstram, quando não a insuficiência, a desigualdade da distribuição de viveres, de mercadorias, de produtos, de serviços. A desigual distribuição ocorre, entre outras razões, por fenômenos concentracionistas que acabam

---

rência. Mas, nem por isso fica descartada a possibilidade de práticas como o abuso de posição dominante, que se verá oportunamente. Se uma única empresa – ou um pequeno grupo – detiver o monopólio do fornecimento de matérias-primas, poderá prevalecer-se desta situação para ditar as regras, impor preços abusivos ou "vendas casadas".

<sup>31</sup> Cf. BARRE, Raymond. *Économie Politique*. 1.º e 2.º vv. 10ª éd. mise à jour. Presses Universitaires de France. Paris, 1975. 1.º v. p. 13.

<sup>32</sup> MALTHUS, Thomas Robert. *Essai sur le principe de population*. 1978 6ª éd. p. 1826. R. BARRE assim resume a tese de MALTHUS: quando a população não é interrompida por nenhum obstáculo, ela cresce de período em período segundo uma progressão geométrica e dobra a cada vinte e cinco anos, enquanto os meios de subsistência somente podem aumentar em progressão aritmética (Cf. MALTHUS, op. cit., apud BARRE, R., op. cit., p. 118. Segundo BARRE, esta tese já fora apresentada por Botero em 1589).

eliminando os aspectos possíveis da concorrência, à medida em que as concentrações e os monopólios se traduzem em possibilidades de açambarcamento de bens, de acesso a posições de domínio nos planos econômico, militar, tecnológico e, conseqüentemente, de eliminação de outros participantes nos mercados.

Antes, porém, de focalizar os aspectos e as formas "patológicas" da concorrência, convém expor o pensamento de alguns teóricos sobre o modelo de concorrência "perfeita". Os demais tipos e qualificações só podem ser avaliados ou valorados em relação a um paradigma, embora a concepção clássica de concorrência perfeita venha sofrendo as naturais influências e conformações decorrentes das diretrizes político-econômicas, da extrema mobilidade, aperfeiçoamento e sofisticação dos fenômenos econômicos. Às modificações e à proliferação de novos produtos e serviços, tendentes a satisfazer os desejos diversificados dos consumidores, devem ser acrescidos os "meios" utilizados pelas empresas para atrair a clientela. Já não é apenas o preço do produto que funciona como atrativo. A "forma" pela qual a tecnologia o "apresenta" ao consumidor, por meio das mais sofisticadas técnicas publicitárias, constitui um fator ainda não suficientemente analisado enquanto "meio concorrencial", acrescentando novos elementos à teoria da concorrência.

#### 5. A idéia de concorrência perfeita segundo algumas teorias econômicas

A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços.

A "concorrência perfeita", afirma Raymond Barre, "define-se por um certo número de caracteres fundamentais"<sup>33</sup>. São estes caracteres

<sup>33</sup> Cf. BARRE, R. *Économie Politique*, cit., 1.º v., p. 578. A Escola clássica inglesa, fundada por Adam Smith, com a publicação, em 1776, da "Riqueza das Nações" consagra o que Alfred MARSHALL denominou "Sistema de liberdade econômica" (cf. BARRE, R., op. cit., pp. 45-46). Trata-se de uma referência à teoria da "mão invisível", desenvolvida por A. SMITH, entre outras exaltações à liberdade, como se pode ver pela descrição do comportamento dos preços no mercado, sob a lei da oferta e da procura, pela defesa da concorrência, contra os monopólios e quaisquer outros privilégios. (Cf. SMITH, Adam. *Inqué-*

que permitem compreender a determinação do preço sobre o mercado, o comportamento da firma e o funcionamento dos mecanismos do mercado, acrescenta Barre. O questionamento da existência destes caracteres nas economias contemporâneas suscitou a crítica do modelo de concorrência perfeita, considerado uma concepção ideal, porque os mercados concorrenciais existentes são meras aproximações desse modelo<sup>34</sup>.

As “condições da concorrência perfeita” definem-se, segundo Raymond Barre, por cinco traços fundamentais:

a) *a atonicidade do mercado* – Tanto do lado de oferta quanto da procura, existe um grande número de unidades econômicas e nenhuma delas dispõe, sobre o mercado, de uma dimensão ou de uma potência suficiente para exercer uma ação qualquer sobre a produção e o preço da indústria considerada;

b) *a homogeneidade do produto* – Na indústria, todas as firmas entregam produtos que os compradores julgam idênticos ou homogêneos; eles não têm razão de preferir o produto de uma ao de outra firma;

c) *a livre entrada na indústria* – Qualquer pessoa que queira entregar-se a uma certa produção pode fazê-lo e sem restrição nem prazo. As formas que compõem a indústria não podem opor-se à entrada de concorrentes; estes podem facilmente obter os fatores de produção que lhes são necessários;

d) *a perfeita transparência do mercado* – Todos os participantes no mercado têm um conhecimento completo de todos os fatores significativos do mercado;

e) existe, de indústria a indústria, uma “perfeita mobilidade dos fatores” de produção<sup>35</sup>.

As três primeiras condições definem a “con-  
rito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. v. 1.º, 2.º ed. Tradução e notas de Teodora Cardoso e Luis Cristóvão de Aguiar do original em inglês “An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”, segundo o texto da 6.ª edição de Methuen and Co. Ltd., (Londres, 1950). Edição da Fundação Calouste Gulbenkian Lisboa, 1980, pp. 159, 169, 170, 179.

<sup>34</sup> Cf. SPINOLA, Moacyr Roberto de Pinho. “O Equilíbrio das Estruturas Básicas de Mercado”, *Manual de Economia*. 1.º ed., 2.º tiragem. Coordenação de Diva Benevides Pinho; Colaboração de André Franco Montoro Filho, et alii. Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 145; e BARRE, R. *Économie Politique*. op. cit., 1.º v., p. 578.

corrência pura”, quer dizer, isenta de qualquer elemento de monopólio; as cinco condições definem a concorrência “perfeita” ou “pura e perfeita”<sup>36</sup>, identidade da qual discorda Edward H. Chamberlin, como se verá adiante.

Segundo Perroux, “a concorrência é pura quando não comporta qualquer mistura, isto é, quando não se mistura com nenhuma força de monopólio. É perfeita quando exerce, sem falhas, as suas funções econômicas e nomeadamente a principal de todas elas: a melhor colocação para todos os recursos”<sup>37</sup>.

Nota-se que Perroux se afasta das posições tradicionais, que conceituam a concorrência perfeita, mesmo quando concebível apenas no plano ideal, como o instituto que determina a formação dos preços no mercado<sup>38</sup>. Estas concepções dão a impressão de que importa apenas cuidar do melhor preço dos bens e serviços, como se o fator “trabalho”, cujo custo compõe o preço das mercadorias, não merecesse também a “melhor colocação” em seu mercado específico, o “mercado de trabalho”, onde há também concorrência.

Tecnicamente, porém, o trabalho constitui um dos “recursos” componentes dos “fatores de produção”, como usualmente se aceita, segundo expressa Raymond Barre:

“Les ressources, dont dispose une collectivité pour la production des biens et des services, peuvent être classées, en trois grandes catégories: les ressour-

<sup>35</sup> Cf. BARRE, R., op. cit., p. 579. Tradução livre. Os destaques encontram-se no original. O resumo desta exposição sobre “concorrência pura e perfeita” encontra-se também no verbete “concorrência”, do *Dicionário das Teorias e Mecanismos Econômicos*, de Alain GÉLÉDAN e Janine BRÉMOND. Tradução de Henrique de Barros do título original “Dictionnaire des Théories et Mécanismes Économiques” (Paris, 1984). Livros Horizonte, Ltda. Lisboa, 1988, pp. 47-53.

<sup>36</sup> Cf. BARRE, R., 1.º v., cit., p. 579.

<sup>37</sup> PERROUX, François. *A Economia do Século XX*. Tradução de José Lebre de Freitas do título original “L'Économie du XX e Siècle” (Paris, 1964). Herder. Lisboa, 1967, pp. 317-318.

<sup>38</sup> Cf. por exemplo, a interpretação feita por P. SAMUELSON das teorias da “mão invisível” e da “concorrência perfeita”, *Introdução à Análise Econômica*, 1.º v., cit., pp. 55 e ss. Os preços praticados são os das mercadorias ou serviços e não possuem o sentido abrangente conferido por PERROUX: “a melhor colocação para todos os recursos”.

ces humaines, les ressources naturelles et les ressources créées par l'homme, qui applique son travail aux éléments naturels. On retrouve là la classification traditionnelle des facteurs de production: le travail, la terre et le capital"<sup>39</sup>.

Retomando-se as expressões qualificativas da concorrência, segundo a proposta de Raymond Barre, pode-se, em resumo, afirmar a existência de uma gradação entre elas. A "concorrência pura" requer apenas três elementos: a "atomicidade do mercado"; a "homogeneidade do produto" e a "livre entrada na indústria", que denotam a ausência de monopólios.

Para caracterizar-se também como "perfeita", além dos fatores enumerados, a concorrência há de pressupor a "perfeita transparência do mercado" e a "perfeita mobilidade dos fatores de produção".

Perroux vai mais longe. Além da inexistência de quaisquer forças monopolísticas (elemento "pureza") exige o acesso a todas as informações (elemento "transparência") e a possibilidade de deslocamento dos fatores de produção do mercado de um para o de outro produto (mobilidade). A estes fatores acrescenta, como já foi dito, o que considera a principal função econômica da concorrência: a melhor colocação para todos os recursos, incluindo-se a melhor remuneração do fator trabalho. Os países em desenvolvimento, quando procuram implantar a "livre" concorrência, acabam sacrificando, em nome dos demais, a justa remuneração do fator trabalho.

#### 6. As principais qualificações da concorrência

Não se cuida, ainda, de classificar, de acordo com um determinado ordenamento jurídico, o tipo de concorrência considerado digno de proteção legal. Trata-se de buscar, segundo algumas correntes doutrinárias, determinadas formas de que o fenômeno econômico pode se revestir.

#### 7. A "concorrência monopolística"

A 10 de abril de 1921, Edward H. Chamberlin apresentava sua tese de doutoramento perante a Universidade de Harvard, sob o título "Teoria da concorrência monopolística", cujas conclusões, ligeiramente modificadas, não chegaram a alterar substancialmente o conteúdo da primeira edição da obra, publicada em 1933<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> BARRE, op. cit., p. 339.

<sup>40</sup> Cf. CHAMBERLIN, Edward H. "Prefácio à

A compreensão da teoria da concorrência monopolística, expressão aparentemente paradoxal, demanda uma breve exposição do que Chamberlin denomina concorrência "pura", concorrência "perfeita", e a sua concepção de "monopólio", bem assim de outros termos surgidos em razão da influência exercida reciprocamente pelos dois institutos.

"La concorrenza pura viene presa come un punto di partenza", afirma Chamberlin, "e l'aggettivo pura viene scelto espressamente per indicare che da essa sono del tutto estranei gli elementi monopolistici"<sup>41</sup>.

Sob este aspecto, tanto Perroux quanto Barre parecem inspirar-se na concepção de Chamberlin<sup>42</sup>.

A concorrência perfeita pode requerer uma perfeição em muitos outros sentidos e não apenas a inexistência de monopólio. Pode, por exemplo, implicar a ausência de atrito, isto é, um ideal de "fluididez" ou "mobilidade" dos fatores, de modo que as adaptações a condições mudadas, que na prática requerem um certo tempo, se verifiquem, em teoria, instantaneamente<sup>43</sup>. Pode implicar o perfeito conhecimento do futuro e talvez a ausência de incerteza, aspecto salientado por Knight como particularmente importante da concorrência perfeita<sup>44</sup>.

primeira edição" da *Teoria della concorrenza monopolistica*. Prima edizione italiana: settembre 1961. Traduzione di H.B. del titolo originale dell'opera: "The theory of monopolistic competition" Harvard University Press, Cambridge, 1960, 7.ª ed. La Nuova Italia, Firenze, 1961. "Prefazione alla prima edizione", p. XV.

<sup>41</sup> CHAMBERLIN, E. *Teoria della concorrenza monopolistica*, cit., Introduzione, p. 4.

<sup>42</sup> Cf. BARRE, R., op. cit., p. 579. PERROUX, François, op. cit., pp. 317-318.

<sup>43</sup> Cf. CHAMBERLIN, E. H., op. cit., p. 4.

<sup>44</sup> Cf. KNIGHT, F. *Risk, Uncertainty and Profit*, p. 193, citado por CHAMBERLIN, E. H., op. loc. cit. Segundo R. BARRE, F. KNIGHT demonstrou que a essência da empresa reside na concentração da responsabilidade, sob o duplo aspecto de tomar decisões e de suportar suas conseqüências. "L'entrepreneur", diz BARRE, "est un preneur de risques: il produit pour le marché, dont il anticipe la demande; il n'a aucune certitude quant à l'écoulement de sa production. Sa réussite se traduit par l'obtention d'un profitnet; son erreur, son insuffisance ou son incapacité, sont sanctionnées par des pertes ou par la faillite" (BARRE, R., op. cit., p. 419). Um dos mais conceituados economistas liberais, Friedrich Von

Tais condições constam da enumeração já apontada por Raymond Barre, mas segundo Chamberlin,

“La concorrenza pura e la concorrenza perfetta non devono essere identificate; e considerare vagamente la teoria della concorrenza monopolistica come una teoria della concorrenza imperfetta significa confondere i problemi”<sup>45</sup>.

O contraste entre a idéia de concorrência pura e a de concorrência perfeita é demonstrado por Chamberlin através de dois exemplos:

“Il prezzo effettivo del grano si avvicina in modo molto grossolano al suo prezzo normale, e tuttavia il produttore singolo di grano non possiede il minimo potere monopolistico. Il mercato, sebbene molto imperfetto, è un mercato concorrenziale puro”<sup>46</sup>.

Por outro lado, continua Chamberlin, o monopólio pode existir em condições que, sob outros aspectos, são perfeitas ou “ideais”: *La situazione statica e la concorrenza perfetta sono stante trattate erroneamente come sinonimi da J.M. Clark*<sup>47</sup>. Para o autor citado, não existe nenhuma razão por que os monopólios de qualquer espécie ou grau não possam existir em uma situação na qual as condições relativas à população, à oferta de capital, à técnica, à organização e às necessidades permaneçam imutáveis<sup>48</sup>.

Chamberlin baseou sua teoria, em parte, sobre a diferenciação dos “produtos”: os bens produzidos pelas empresas em concorrência não são de todo idênticos, pela sua natureza, ou por circunstâncias imaginadas pelo consumidor. recentemente falecido, considerava também que determinadas formas de intervenção, como o planejamento econômico, constituíam um obstáculo à livre concorrência, exatamente porque atribuíam a um grupo o prévio conhecimento e o controle das forças que atuam no mercado, falseando os pressupostos da competição. (Cf. HAYEK, *Droit, Législation et Liberté*, v. 2, “Le Mirage de la Justice Sociale”, Paris, PUF, 1981, pp. 121 e ss.

<sup>45</sup> CHAMBERLIN, op. cit., p. 5.

<sup>46</sup> CHAMBERLIN, op. cit., p. 4. Em nota de rodapé, o autor esclarece referir-se ao mercado de longo prazo. “Il mercato”, prossegue, “naturalmente, non è libero dalle manipolazioni che costituiscono una forma di controllo parzialmente monopolistico nell’ambito del periodo breve”.

<sup>47</sup> CHAMBERLIN, op. cit., p. 5.

<sup>48</sup> Cf. CHAMBERLIN, op. cit., p. 5.

dor (marcas de fábrica, modo de confecção, qualidade do acabamento, ou cortesia do vendedor, respectivamente). Esta diferenciação – que se traduz pela ausência de homogeneidade efetiva das mercadorias – cria a favor de cada empresa uma zona de monopólio, no sentido de que o vendedor goza de um mercado particular, com uma curva de procura própria, de elasticidade finita, variável em função do grau de diferenciação inerente a cada bem, mercadoria ou serviço ofertado no mercado do produto, e de outras circunstâncias. Entre estas, importa salientar também a situação do vendedor e as preferências do adquirente. O produtor pode agir dentro desse mercado como um monopolista; mas não como monopolista absoluto, pois depara com a possibilidade de substituição da mercadoria ou serviço que oferece por produtos ou serviços similares.

Os vendedores ou ofertantes no mercado são, assim, ao mesmo tempo, monopolistas e concorrentes<sup>49</sup>.

#### 8. A noção de concorrência pura

A concorrência pura (ausência de monopólio) não se confunde com a concorrência perfeita (além da ausência de monopólio, a presença dos fatores positivos apontados no contexto do mercado); portanto, conclui Chamberlin, de modo lógico e com muita clareza, constitui uma confusão identificar a concorrência “imperfeita” à simples existência de elementos monopolísticos na concorrência<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Para maiores esclarecimentos, V. CHAMBERLIN, op. cit. Outros dados importantes, inclusive acerca da polémica entre CHAMBERLIN e Joan ROBINSON encontram-se em PATRÍCIO, J. Simões, *Direito da Concorrência* (aspectos gerais). Publicações Gradiva, Lisboa, 1982, pp. 10 e ss.

<sup>50</sup> Paul SAMUELSON, no v. II da *Introdução...*, cita a 8.ª edição da obra de Chamberlin (1957), especialmente os capítulos 1 e 4, afirmando: “Chamberlin prefere a expressão ‘concorrência monopolística’ para designar o que chamamos ‘concorrência imperfeita’, mas aquela expressão poderá dar, ao leigo, a impressão de que existe algo particularmente odioso, ou ilegal, no fato de não ser um concorrente perfeito, o que não representa a opinião de Chamberlin” (op. cit., p. 166, nota 3). Pode parecer pretensão crítica a explicação do renomado economista Paul SAMUELSON, principalmente quando se é, tecnicamente, leigo. Mas não é preciso ser bacharel em Economia para perceber a superioridade da argumentação de CHAMBERLIN acerca da noção de “pureza”, tida como ausência de elementos monopolísticos, e a idéia de “perfeição”, considerada um qualificativo mais complexo e não simplesmente um sinô-

Os teóricos parecem concordar em que não existem, na realidade, nem situações de concorrência perfeita nem de monopólio puro. “Os mercados são”, afirma Perroux, “como as concorrências, mais ou menos puros e perfeitos”<sup>51</sup>.

Citando Adolf Weber, Ferreira de Souza concorda em que, “rigorosamente, nunca tivemos um regime absolutamente livre, muito menos da concorrência perfeita (...) nem de outro inteiramente alheio às intervenções estatais”<sup>52</sup>.

Cumpra lembrar que as intervenções causadoras de perturbações ao regime da concorrência nem sempre provêm do Estado. Este costuma editar leis exatamente para garantir a liberdade na concorrência. Caso contrário, o poder econômico privado pode chegar ao extremo de impor leis ao mercado, usurpando a competência do Estado.

Referindo-se à qualificação dos mercados, retoma Perroux a teoria de Chamberlin. Concorde que

“os mercados monopolísticos admitem numerosas combinações das forças de concorrência com forças de monopólio. São imperfeitos porque, com exceção do caso dos mercados de concorrência heterogênea, em que o consumidor só paga o preço da variedade que deseja, não constituem colocação impecável para

os recursos econômicos. São impuros porque admitem numerosas e variadas combinações entre forças de concorrência e forças de monopólio”<sup>53</sup>.

O ponto fundamental da teoria de Chamberlin, segundo Perroux, seria

“a rejeição de todo e qualquer *monismo* em matéria de monopólio e concorrência e a afirmação duma pluralidade irredutível de forças no fenômeno da concorrência e no do monopólio”<sup>54</sup>.

Deve-se, pois, ter em mente, além desses fatores, a circunstância de que o próprio Estado se faz presente no mercado, em nome da garantia da lealdade entre os competidores. Já não se cogita mais de uma regulação endógena do mercado, a exemplo do que pretendia Hayek, mas de uma “disciplina das leis naturais”, como a da oferta e da procura, insuficientes, por si sós, para manter a concorrência.

9. *A adoção de um tipo de concorrência efetiva (workable competition) e a mudança de enfoque do tema na Carta Brasileira de 1988*

A partir da edição da Lei Sherman, em 1890, da criação da *Federal Trade Commission* pelo *Federal Trade Commission Act*, de 26.9.1914, da vigência do *Clayton Act* de 15.10.1914, do *Webb Act* de 10.4.1918, do *Enemy Trade Act* de 1917, o sistema jurídico norte-americano<sup>55</sup> já dis-

<sup>53</sup> PERROUX, F., op. cit., p. 318. O autor dedica todo o capítulo IV desta obra à análise da tese de Chamberlin: “A teoria da concorrência monopolística” (pp. 127-140). “Numa época em que monopólio e concorrência se opunham como fogo e água, em que neles se viam realidades que mutuamente se excluíam (...) era preciso coragem para sustentar e provar que concorrência e monopólio designam famílias de forças perfeitamente compatíveis (...) O essencial não era a maior ou menor ‘perfeição’ de concorrência e monopólio, mas sim a sua maior ou menor ‘pureza’. (...) Qualquer análise utilizável de concorrência e monopólio aceita tipos ‘radicalmente impuros’ de uma e de outro” (PERROUX, op. cit., pp. 127-128).

<sup>54</sup> PERROUX, F., op. cit., p. 129.

<sup>55</sup> Os governos estaduais já haviam começado a editar leis sobre comércio antes do *Sherman Act*. As chamadas *blue sky laws* - das quais a mais famosa é o *Seven Sisters Act*, do Estado de New Jersey, quando Woodrow Wilson era governador - tiveram certa influência na vida econômica, mas apresentavam o inconveniente de romper a uniformidade comercial dentro do território dos Estados Unidos. Era preciso remediar este fato através de uma ação do governo federal, nos termos da autorização contida na Seção 8 do Artigo Primeiro da Constituição Federal, para “regulamentar o comércio com as nações estrangei-

nimo acrescentado à idéia de concorrência pura. De acordo com as explicações de CHAMBERLIN, concorrência “pura” pode, teoricamente, opor-se à idéia de concorrência “monopolística”, mas o que ocorre, quase sempre, é uma interação de forças: “*La teoria della ‘concorrenza monopolistica’ è una sfida al punto di vista, tradizionale nella teoria economica, secondo il quale la concorrenza e il monopolio sono situazioni alternative e i singoli prezzi devono essere spiegati in termini o dell’una o dell’altra alternativa.*” (op. cit., p. 210). Mas contrariando esta opinião, sustenta o ilustre economista a presença de elementos de monopólio e de concorrência em quase todos os fenômenos econômicos: “... si sostiene qui che la maggior parte delle situazioni economiche sono un composto e di concorrenza e di monopolio...” e sempre que isto se verifica, negligenciar qualquer uma das suas forças e considerar a situação totalmente determinada (ainda que imperfeitamente) pela outra força é um erro (cf. CHAMBERLIN, *Teoria...*, cit., p. 210).

<sup>51</sup> PERROUX, F., op. cit., p. 317. Em nota n.º 7, o tradutor esclarece que vem traduzindo “concorrência completa por “concorrência perfeita”, que se desdobra, no texto francês, em duas qualidades - a pureza e a perfeição.”

<sup>52</sup> SOUZA, F., op. cit., pp. 14-15.

punha de regulamentos e instituições destinadas a reger o tipo de concorrência escolhido.

A regulamentação federal do comércio norte-americano passou, segundo Wasserman, por quatro fases sucessivas cujos caracteres estão intimamente ligados à consciência popular do momento<sup>56</sup>. Vale a pena acompanhar a descrição destas etapas pelo eminente autor citado.

Em uma primeira fase, imaginou-se que o poderio dos *trusts* teria origem quase exclusivamente em sua aliança com as companhias de estradas de ferro; pensou-se que a proibição de tais coalizões seria suficiente para acabar com os abusos.

Na segunda fase, a opinião popular chegou a convencer o legislador de que o *trust* era funesto em si, que o objetivo de sua atividade não podia ser legítimo, sua ação era nefasta e devia ser proibida pela lei. Desta tendência nasceu o *Sherman Antitrust Act*, de 1890.

Na terceira fase, percebeu-se a possibilidade de legitimar economicamente a atividade dos *trusts* e pensou-se que todos os abusos verificados eram devidos a um aumento excessivo de seu capital social.

Em uma quarta fase, concluiu-se que não era suficiente lutar contra o aumento excessivo do capital social dos *trusts*, mas era necessário assegurar um controle administrativo destas organizações, divulgar, por uma intensa publicidade, os resultados de suas más ações, tomar providências para garantir ao consumidor o ras, entre os diversos Estados e com as tribos indígenas<sup>57</sup>. O Congresso votou o *Interstate Commerce Act* em 1887, para regulamentação do funcionamento, da polícia e dos órgãos de segurança nas estradas de ferro, o controle de suas tarifas e, por esta via, a supervisão de suas relações com as sociedades industriais e comerciais. A lei criava, também, a *Interstate Commerce Commission*, cujas decisões não dependiam de intervenção judicial para serem cumpridas. Mas eram passíveis de recurso perante os Tribunais. A atuação da *Interstate Commerce Commission* foi muito importante, segundo o WASSERMAN, contribuindo para o aperfeiçoamento das técnicas econômicas das companhias de transportes e, principalmente, para o saneamento da política das estradas de ferro.

WASSERMAN, Max J., op. cit., pp. 20-30. Na opinião deste autor, a amplitude e a natureza dos benefícios trazidos ao sistema de transportes norte-americano pela "Comissão" teriam sido responsáveis, em grande parte, pela criação da *Federal Trade Commission* (cf. WASSERMAN, op. cit., p. 31).

<sup>56</sup> Cf. WASSERMAN, op. cit., p. 22.

benefício da concentração industrial e proteger os diferentes ramos do comércio e da indústria. Percebeu-se, em uma palavra, aduz Wasserman, que medidas de repressão eram insuficientes para restabelecer a calma nos negócios, e que apenas a organização de uma comissão dotada de poderes gerais de controle do comércio e da indústria seria capaz de normalizar as relações da vida econômica<sup>57</sup>.

A experiência da legislação antitruste veio demonstrar tanto a impossibilidade de serem praticados modelos "ideais" de concorrência, como a necessidade da aceitação de determinados monopólios, quando suscetíveis de acarretar benefícios à economia nacional e de possibilitar o acesso ao consumo de bens e serviços a um número maior de pessoas. A criação da *Federal Trade Commission* veio, por outro lado, suprir uma grave lacuna do sistema antitruste, antes aplicado de modo extremamente rígido pela Suprema Corte e sem o necessário conhecimento e exame dos aspectos econômicos dos atos, prática e condutas a serem julgados.

O ato de criação, em 1914, da *Federal Trade Commission*, ao impor a presença de advogados e de economistas na instituição, contribuiu para efetivar uma real e indispensável colaboração entre a ciência jurídica e a ciência econômica. O próprio objetivo da *Federal Trade Commission* exigia esta colaboração. Seu papel é, na verdade, afirma Wasserman, pesquisar as formas de comércio contrárias ao interesse da sociedade, as especulações abusivas, as manobras desleais, matérias estreitamente vinculadas ao domínio econômico. Poucos juristas poderiam, prossegue o autor citado, armados somente com textos legislativos, descobrir essas técnicas comerciais ilícitas, veladas, muitas vezes, pelas mais honestas aparências; apenas economistas experientes seriam capazes de proceder, com sucesso, a tais investigações; e a necessidade de sua intervenção, compreendida pelo legislador de 1914, legitimou a importância do papel que lhes foi reservado na organização da *Federal Trade Commission*<sup>58</sup>.

Na verdade, o excessivo formalismo do di-

<sup>57</sup> Cf. WASSERMAN, op. cit., pp. 20-23. A primeira destas "Comissões", como consta em nota descritiva n.º 36, deste tópico, foi a *Interstate Commerce Commission*, criada em 1887. A *Federal Trade Commission*, criada em 1914, inspirou-se nos bons resultados obtidos pela sua congênera.

<sup>58</sup> Cf. WASSERMAN, op. cit., p. 81.

reito antitruste estava pondo em risco a eficácia do *Sherman Act*. Enquanto aplicado apenas pela justiça comum, os juizes não estavam preparados para levar em consideração os fatores econômicos, os interesses da política nacional e as condições sociais em que se desenvolviam as relações comerciais. Fatos como a elaboração da “regra da razão”<sup>59</sup> em 1911 e a criação da *Federal Trade Commission* parecem ter assentado a legislação antitruste e a jurisprudência em bases mais realistas e, *ipso facto*, mais eficientes na proteção de um tipo de concorrência possível, ou efetiva.

Analisado o fenômeno da concorrência em seus aspectos econômicos, admitidas a ineficácia e a insuficiência de certas formas repressivas, e a impossibilidade da implantação dos modelos teóricos, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas próprias limitações, abandonando a utopia de implantar uma concorrência perfeita e a raciocinar em termos de um valor possível de ser buscado, institucionalizado e protegido pelo Direito. A partir dos dados oferecidos pela ciência econômica, a ciência jurídica, influenciada também pelos reclamos da opinião pública, pela realidade social e pelas injunções políticas, oferece os instrumentos legais para a criação de uma figura jurídica moldada segundo um sistema de valores predominante em um dado momento.

A expressão *workable competition*, idéia longamente desenvolvida por John Maurice Clark,<sup>60</sup> é interpretada por Raymond Barre como “concorrência efetiva”, equiparada a uma concorrência que “funciona”<sup>61</sup>.

Font Galán traduz a expressão inglesa *workable competition* por *competencia practicable o efectiva*, sinônimo de *competencia imperfecta y monopolística*, referindo-se a *una configuración del mercado en el que coexisten la libertad de competencia – como formulación de principio básico – y ciertos poderes mono-*

<sup>59</sup> Cf. SHIEBER, Benjamin, op. cit., pp. 74-75. Além da incidência da regra da razão no processo *Standard Oil Co., of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1911 apud SHIEBER, op. loc. cit., logo a seguir foi a mesma aplicada no caso *U.S. v. Terminal R.R. Association of Saint Louis*, 224, U.S., 383, 1912. Apud WASSERMAN, op. cit., p. 44.

<sup>60</sup> CLARK, J. Maurice, “Towards a concept of workable competition” *The American Economic Review*, v. XXX, 1940, apud FONT GALÁN, op. cit., p. 37, nota 31.

<sup>61</sup> Cf. BARRE, *Économie Politique*, 1.º v. cit., p. 595.

*polísticos*, caracterizados por determinados traços sócio-econômicos<sup>62</sup>.

Para Raymond Barre, a “concorrência efetiva” implica uma noção dinâmica, em oposição ao modelo estático tradicional. Ela se estabelece entre firmas de dimensões, de custos, de horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos econômicos de produção, a uma diferenciação crescente das qualidades e dos tipos de produtos e ao desenvolvimento de novos produtos. Ela permite a difusão de benefícios devidos a este progresso, a favor dos clientes (sob a forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob a forma de elevação de suas remunerações). Ela não é um sistema de eliminação de lucros, mas, segundo a fórmula de J.M. Clark, um “sistema de erosão e de recriação dos lucros”. Ela mantém as condições de uma rivalidade entre as firmas, através da limitação de suas margens discricionárias de ação<sup>63</sup>.

As “regras do jogo” da concorrência – a qual mesmo quanto ao aspecto legal está intimamente ligada à idéia de disputa, de rivalidade, de competição – permitem, quando estabelecidas pelos diferentes ordenamentos jurídicos, o tratamento do fenômeno como instituto jurídico. O legislador escolhe um tipo determinado de concorrência e, a partir dele, elabora normas de conduta segundo as quais devem comportar-se os diferentes agentes econômicos e tipifica os delitos anticoncorrenciais e as respectivas sanções.

Nos termos da Constituição brasileira em vigor, o legislador optou pela expressão “livre concorrência”. Assim fazendo, acentuou o tipo de concorrência definido como princípio constitucional, cujo valor jurídico se impõe de imediato ao legislador ordinário e às modalidades de atuação dos agentes econômicos, públicos e privados.

<sup>62</sup> FONT GALÁN, *Constitución económica y de derecho de la competencia*, cit., p. 37, nota 31. Como se pode perceber facilmente, esta concepção aproxima-se da proposta de CHAMBERLIN Cf. item 1.4.3.1. e ss.

<sup>63</sup> Cf. BARRE, R. op. cit., pp. 595-596. Trad. livre. Para este autor, tal concepção da concorrência não exclui a desigualdade das firmas e a influência assimétrica das firmas dominantes. Ela se harmoniza com a fórmula de PERROUX, ao definir a concorrência como *l'exercice d'un effet de domination toujours menacé et toujours revisable dans le cadre des règles du jeu qui tendent à assurer la création et la sélection*, apud BARRÉ, R., op. cit., p. 596.

Não se trata de uma concorrência livre de qualquer condicionamento jurídico e cujos excessos foram sucintamente descritos linhas atrás. Trata-se de uma concorrência que o legislador pretende livrar de quaisquer práticas levadas a efeito ou intencadas pelos agentes econômicos e suscetíveis de constituir abuso da liberdade de iniciativa, tal como consagrada na Carta Política. As normas de conduta aplicam-se tanto aos agentes econômicos públicos quanto aos operadores econômicos privados, como regra geral. Há derrogações ao princípio, que serão oportunamente analisadas.

A “repressão ao abuso do poder econômico”, que figurava como princípio da Ordem Econômica e Social na Constituição revogada (art. 160, V), foi deslocada, na Carta vigente, para a condição de 4.º parágrafo do artigo 173.

Isto significa que a preservação da livre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natureza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela “livre concorrência” se sobrepõe às normas de “repressão ao abuso do poder econômico”. Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da Ordem Econômica, a livre concorrência se posiciona, em comparação com o parágrafo 4.º do artigo 173, como em uma relação entre “meios” e “fim”, embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do artigo 170 e constitua, também, um “instituto jurídico” autônomo, pela complexidade de normas que engloba.

Na nova Constituição brasileira não se busca apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico: pretende-se atingir um modelo eficiente de concorrência, compatível com as “impurezas” e as “imperfeições” do mercado, mediante a utilização, se necessário, das regras jurídicas e das instituições para aquelas fim criadas. Tais regras e instituições devem ser capazes de prevenir, apurar e reprimir quaisquer formas consideradas abusivas do poder econômico e podem ser classificadas como instrumentos de preservação do princípio da livre concorrência. No contexto das normas constitucionais onde se insere, a livre concorrência funciona também como uma das diretrizes que se impõem a todos quantos se dedicam ao exer-

cício das atividades econômicas, ao lado da “defesa do consumidor”, da “função social da propriedade” e da “defesa do meio ambiente”.

Com estas observações gerais, pode-se passar à análise do instituto jurídico da “livre concorrência”, a partir da expressão adotada pela ordem jurídica vigente no Brasil.

Não se trata, aqui, do aprofundamento do estudo da legislação brasileira denominada antitruste, impossível de efetivar-se neste espaço. Cuida-se, inicialmente, de identificar as grandes linhas das leis protetoras da concorrência na Comunidade Européia, opção justificada pela influência que os países industrializados vêm exercendo sobre o regime jurídico da concorrência no Brasil e pelo importante volume de trocas entre o País e o Mercado Comum Europeu.

É forçoso reconhecer, no Direito Comunitário, a existência de uma dose considerável de influências de natureza político-econômica, em razão da sua inspiração na defesa dos interesses concorrenciais dos Estados agrupados sob a forma de grandes blocos econômicos. Novas diretrizes, como aquelas fixadas no Tratado de Maastricht, assinado a 7 de fevereiro de 1992, vêm acentuar o sentido de coesão entre os Estados-Membros e aprofundar ainda mais a união européia, aperfeiçoando as normas dos tratados originários das Comunidades.

O desconhecimento da influência política no direcionamento da legislação antitruste ou defensiva da concorrência implicará a descon sideração de um dos fatores mais decisivos tanto da política econômica interna quanto internacional de cada país. Daí a importância adquirida pela formação dos “megabloques” econômicos, onde a tendência é liberalizar internamente as relações comerciais e erguer barreiras impeditivas da livre circulação de bens e serviços no trato com os países não pertencentes ao grupo.

Com a queda do Muro de Berlim e o fim da “guerra fria”, o eixo das grandes polêmicas internacionais deslocou-se do enfoque Leste/Oeste. Agora, a verdadeira ameaça aos países industrializados são as grandes migrações originárias dos países pobres, em busca de melhores condições de vida. Contra esse movimento, são erguidas barreiras, antes veladas e agora ostensivas, para impedir o acesso não apenas de bens e mercadorias, mas também de pessoas. São erguidos novos muros, não de concreto e de conotação ideológica, mas de

natureza “legal” e inspirados pela ética do “neo-proteccionismo”, para conter a entrada dos pobres.

Esses povos, oriundos de países menos avançados (PMA), acabam por concorrer com a força de trabalho dos países ricos, agravando o problema do desemprego.

O tema é amplo, complexo, carente de exposições doutrinárias sistematizadas no Brasil e a consolidação das leis pertinentes ainda está claudicante. O pronunciamento feito pelo Presidente da República a 24 de abril de 1993 traz, entre as reformas legais propostas, um projeto de lei sobre a repressão do abuso do poder econômico, modificando as regras existentes e autorizando a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia.

#### 10. *Evolução da legislação brasileira anti-truste*

O principal escopo das leis antitruste, na verdade, é a defesa da concorrência, segundo o modelo econômico escolhido pelo constituinte. Desde a garantia da “liberdade econômica”<sup>64</sup>, passando pelo “fomento da economia popular”<sup>65</sup>, até a organização da produção de acordo com os princípios corporativos adotados pela Carta de 1937<sup>66</sup>, o que se buscou foi fixar as diretrizes para o desempenho dos agentes econômicos públicos e privados em seus respectivos campos de atuação.

Mesmo quando o Brasil vivenciou a fase de “defesa da economia popular”<sup>67</sup>, inspiradora, segundo alguns estudiosos, da primeira lei brasileira antitruste<sup>68</sup>, o Decreto-Lei n.º 869, de 18

<sup>64</sup> Artigo 115, parte final, da Constituição de 16 de julho de 1934.

<sup>65</sup> Artigo 117 da CF de 1934.

<sup>66</sup> Não cuidou a Constituição de 1937 de qualificar a competição empresarial como “livre”, pois apesar de fundamentar a riqueza e a prosperidade nacional na “iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo” (art. 135), pressupostos da “livre iniciativa”, a economia de produção obedecia não às leis do mercado, mas a uma construção legal de natureza corporativa, permeada pela idéia de “interesse nacional”.

<sup>67</sup> O artigo 141 da Carta outorgada de 1937 equiparou os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado, prevendo penas graves e severa punição aos infratores.

<sup>68</sup> Cf. SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* Editora Revista dos Tribunais. São Pau-

de novembro de 1938, o abuso do poder econômico que o texto procurava reprimir era concebido como “... qualquer ação tendente a eliminar ou entravar a livre concorrência, com o fim ou para o fim de dominação do mercado e obtenção de lucros anormais”<sup>69</sup>.

O Decreto-Lei n.º 869/38 fora elaborado pelo eminente criminalista Nelson Hungria, que admitiu haver-se declaradamente inspirado no projeto de Código Penal argentino, nas propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal na Alemanha, nas leis e na jurisprudência norte-americanas<sup>70</sup>.

Não obstante a inquestionável presença de elementos típicos do Direito Penal – a instituição de um Tribunal do Júri, a previsão de penas de prisão celular variando entre dois e dez anos, impossibilidade de *sursis* entre outros –, tanto o Ministro Nelson Hungria quanto Francisco Campos acreditavam que os preceitos do Decreto-Lei n.º 869/38 buscavam “regular” e não “subjugar” a liberdade econômica.

Apesar da severidade das penas previstas para as diferentes entidades criminais, tais como os arranjos, combinações ou organizações com o fito de instituir monopólio em certos ramos da economia pública, ou de restringir a livre concorrência, o direito antitruste brasileiro permaneceu letra morta até ser retomado em 1945.

Algum tempo depois, quando era ministro da justiça, Agamemnon Magalhães retomaria a questão, incentivando o encaminhamento de um Decreto-Lei que tomaria o n.º 7.666, de 22 de junho de 1945<sup>71</sup>.

lo, 1966, p. 4.

<sup>69</sup> HUNGRIA, Nelson, autor do anteprojeto do Decreto-Lei n.º 869/39, em depoimento prestado a 3.2.56, na 2.ª fase de discussão do Projeto n.º 122/1948, perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, publicado no Suplemento “A” do *Diário do Congresso Nacional*, n.º 123, de 28.7.1961, Seção I, pp. 14 e ss. e transcrito por FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Legislação Brasileira Antitruste e seus antecedentes legislativos*. Edição do Autor. São Paulo, 1986, p. 76.

<sup>70</sup> Cf. FRANCESCHINI, J. Inácio. “A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE : alguns aspectos)” *RDP* n.º 75, pp. 291-308.

<sup>71</sup> Sobre os acontecimentos que teriam inspirado Agamemnon Magalhães em sua luta contra os abusos do poder econômico, consultar: MAGALHÃES, Paulo Germano. “As origens do nome Lei Malaia”, *Revista do C.A.D.E.* Nova Fase n.º 4, jan./jul. 1988, pp. 11-13. Ver ainda: MARTINS F. Magalhães. *Del-*

A curta vigência do Decreto-Lei n.º 7.666/45, revogado a 29 de outubro daquele ano, não impediu que seu principal defensor retomasse seus conceitos básicos, já na qualidade de relator-geral da sétima subcomissão encarregada de elaborar a Constituição promulgada a 18 de setembro de 1946.

O Decreto-Lei n.º 7.666/45 definira as mais importantes formas de abusos do poder econômico e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE.

Com poucas alterações, o eminente jurista e então deputado federal Agamemnon Magalhães lograra constitucionalizar a repressão ao abuso do poder econômico, incluindo, no título referente à Ordem Social e Econômica, o texto que abriria novas perspectivas à defesa da concorrência:

“Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Transcorreram dezesseis anos entre a promulgação da Carta de 1946 e a aprovação da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. Este diploma legal veio especificar as modalidades de abuso do poder econômico, regular os processos administrativo e judiciário para a apuração e a repressão dos delitos, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Este órgão colegiado de decisão ficara incumbido, à época, de averiguar a existência daqueles abusos, promover o julgamento das infrações e requerer ao Poder Judiciário, em certos casos, a aplicação das sanções cabíveis.

As formas de abuso do poder econômico previstas no artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, consistem, basicamente, nos cinco tipos de atos ali descritos, devendo concretizar-se através das ações também enumeradas pelo legislador.

No primeiro grupo, a lei contempla o “domínio dos mercados nacionais” e a “eliminação total ou parcial da concorrência”<sup>72</sup> por meio de:

a) ajustes ou acordos entre empresas ou

*miro Gouveia: Pioneiro e Nacionalista*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1963; BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e Desnacionalização (A experiência brasileira: 1964-1974)*, 3.ª ed. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1979.

<sup>72</sup> Cf. inciso I do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;

b) aquisição de acervos de empresas, ou de quotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;

d) concentração de ações, títulos, quotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;

e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;

f) cessação parcial ou total das atividades de empresas promovida por ato próprio ou de terceiros;

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

Para a configuração do delito é necessária a existência de uma relação de causa e efeito entre o ato praticado – uma concentração de empresas, por exemplo – e o efeito produzido – o domínio do mercado ou a eliminação total ou parcial da concorrência.

No segundo grupo, o legislador contemplou a elevação dos preços sem justa causa, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção<sup>73</sup>.

O aumento arbitrário dos lucros constitui o cerne deste tipo de delito. Em uma economia de mercado, o lucro deve representar o justo prêmio pelos riscos que assumem os agentes econômicos. Sem se adentrar o mérito das diferentes teorias e doutrinas econômicas, pode-se afirmar que o lucro consiste na diferença entre o valor de venda da mercadoria e o seu custo de produção. Exteriormente, o lucro assume a forma de remuneração dos fatores de produção, natureza, trabalho, capital<sup>74</sup>.

Para que não ocorram lucros abusivos, os preços devem refletir aproximadamente a soma das parcelas referentes aos custos, às despesas e ao lucro, fórmula que se convencionou chamar CDL (Portaria n.º 393, de 21.5.1991, do então Ministro da Economia, Fazenda e Plane-

<sup>73</sup> Cf. inciso II do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

<sup>74</sup> Cf. GALVES, Carlos. *Manual de Economia Política Atual*. 12.ª ed. Forence Universitária. Rio, 1991, pp. 177 e ss. MACEDO, Marcos L. Verbete “Lucro”, *A economia e o economês*. Editora Lemi S.A. Belo Horizonte, 1980, p. 118.

jamento, DOU de 22.5.1991).

Esta é uma das questões mais complexas e difíceis de serem analisadas, demandando o seu julgamento uma instrução processual através de recurso a perícias e vistorias, para se determinar a procedência ou não da acusação de prática do delito.

O monopólio natural ou de fato da produção, da venda de um bem, ou prestação de um serviço, não implica necessariamente a prática do delito previsto no inciso II do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

Existem casos em que uma empresa ou determinado agente econômico lograram um grau tão elevado de aperfeiçoamento, que os demais fornecedores ou prestadores do bem ou serviço não atingem condições de lhes fazer concorrência.

Nesta situação, o detentor do monopólio pode ter galgado esta posição através de meios lícitos, do investimento em pesquisa científica e tecnológica, em capital humano, na formação e no aperfeiçoamento de pessoal, e a excelência de seu produto ou serviço é fruto de uma programação racional de desenvolvimento. Se arbitra moderadamente os seus lucros, fixando preços razoáveis para os seus produtos, não se lhe poderá imputar a conduta ilícita descrita no dispositivo legal em apreço. Ocorre, porém, que alguns agentes econômicos que não reúnem condições suficientes para competir acusam aquelas empresas de estarem criando dificuldades à sua constituição, ao seu funcionamento ou ao seu desenvolvimento, trazendo sérios embaraços legais a entidades dotadas de verdadeira e benéfica atuação no mercado.

O terceiro tipo de ações contempla a provação de condições monopolísticas, ou o exercício de especulação abusiva, com o intuito de promover a elevação temporária dos preços<sup>75</sup> através de:

a) destruição de bens de produção ou consumo;

b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;

c) retenção de bens de produção ou consumo, de modo a provocar escassez;

d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em prejuízo de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas.

Os atos descritos revelam uma conduta de-

<sup>75</sup> Cf. artigo 2.º, III, da Lei n.º 4.137/62.

sonesta por parte dos que os praticam, com o objetivo de favorecer a formação de monopólios, em primeiro lugar; e em segundo, contemplam a hipótese de especulação, através do açambarcamento e da retenção de mercadorias, para provocar a elevação dos preços dos bens de produção ou de consumo<sup>76</sup>.

A lei contempla também os casos de utilização de “meios artificiosos” destinados a provocar a oscilação dos preços, acarretando, com isso, prejuízos às empresas concorrentes ou às vendedoras de matérias-primas.

Quer o legislador que a competição se faça de maneira honesta, em observância às regras de boa conduta. Se o meio concorrencial utilizado é classificado de “artificioso”, o vencedor da competição não será, necessariamente, o que oferece melhores preços e melhor qualidade ao consumidor. Além de prestar um desserviço à comunidade, porque adquire sua preferência através de uma burla, aquele agente econômico impede a ascensão de outros empresários honestos ao mercado de bens e serviços, causando danos à economia do país.

O item quarto do artigo 2.º em comento, da Lei n.º 4.137/62, prevê os casos de formação de grupo econômico, em prejuízo da livre deliberação dos compradores ou vendedores, através dos seguintes meios:

a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviços;

b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou à utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.

Cumpra distinguir, ainda que resumidamente<sup>77</sup>, as duas mais destacadas formas de grupo econômico.

Com apoio no direito alemão, fala-se em “grupo econômico de subordinação” (*Unterrordnungskonzern*), que tem como característica fundamental a unidade de controle; e em “grupo econômico de coordenação” ou “igualitário” (*Gleichordnungskonzern*)<sup>78</sup>. Verifica-se esta segunda modalidade, “quando empresas

<sup>76</sup> Cf. alíneas b e c do inciso III do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

<sup>77</sup> Para maior aprofundamento, consultar COMPARATO F. Konder, *O Poder de Controle*, cit., pp. 26 e ss.

<sup>78</sup> Cf. COMPARATO, op. cit., p. 26.

juridicamente autônomas, muito embora sem relação de subordinação, são reunidas sob uma direção unitária”<sup>79</sup>.

O *Konzern* do direito alemão é sinônimo de grupo de empresas e não simplesmente de “grupo societário”, pois pode englobar também pessoas físicas<sup>80</sup> e o próprio Estado<sup>81</sup>.

Nos termos do artigo 265 da Lei n.º 6.404, de 1976, o grupo de sociedades forma-se por meio de convenção onde são definidos os objetivos comuns à sociedade controladora e às sociedades controladas, as quais assumem a obrigação de combinar os recursos ou esforços para a realização daqueles fins (consecução dos objetos de cada uma ou participação em atividade ou empreendimentos conjuntos)<sup>82</sup>.

Em razão do conceito legal existente, a expressão “grupo econômico” no contexto do artigo 2.º, IV da Lei n.º 4.137/62, não corresponde a grupo de sociedades<sup>83</sup>, referindo-se a agrupamento<sup>84</sup> ou reunião de empresas com o propósito de efetivar discriminação dos preços. A proibição tem por objeto uma forma específica de abuso com respeito aos preços: a discriminação entre clientes, por empresas reunidas em grupo<sup>85</sup>.

A tendência é não conferir muita rigidez ao conceito de grupos econômicos, nem à maneira pela qual eles se formam, não se exigindo, sequer, sejam dotados de personalidade jurídica, ou que se constituam pelas formas previstas em lei, podendo configurar meros grupos de

<sup>79</sup> Lei acionária alemã de 1965, § 18, alínea 2, apud COMPARATO, op. cit., pp. 26-27.

<sup>80</sup> Cf. RASCH, Harold. *Deutsches Konzernrecht*, 4.ª ed., 1968, pp. 66 e ss., apud COMPARATO, op. cit., p. 26, nota 42.

<sup>81</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. 1.ª ed., Forense, Rio, 1978, p. 197, nota n.º 1.

<sup>82</sup> Cf. FARIA, Werter. “Preços Discriminatórios e Comprovação de Custos” – *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 131, nota 7.

<sup>83</sup> Idem.

<sup>84</sup> Segundo Claude CHAMPAUD, “por agrupamento de sociedades pode entender-se tudo que reúne e tudo que liga. Da fusão ao simples contrato de licença, o caminho é longo e igualmente calcado de operações de concentração e de operações que lhe são estranhas, na sua essência e na sua existência” – *Les méthodes de groupement de sociétés*, apud FARIA, op. loc. cit..

<sup>85</sup> Cf. FARIA, Werter, op. loc. cit.

fato<sup>86</sup>.

Quanto à “discriminação de preços” prevista na alínea *a* do inciso IV do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, trata-se de uma forma de ofensa ao princípio da isonomia, que a doutrina se dedica a esclarecer.

Jean-Jacques Biolay salienta: “Em nome da igualdade de oportunidades na competição econômica, proclama-se que a concorrência entre as empresas não deve ser falseada por condições desiguais de acesso ao mercado”<sup>87</sup>.

Para Raymond Prieur, “praticar discriminação equivale a tomar uma das três atitudes seguintes:

a) aplicar tratamento desigual a pessoas que se encontram em situação comparável;

b) aplicar a pessoas que se acham em situações diferentes tratamento desigual que não se justifica por essa diferença;

c) aplicar tratamento igual a pessoas que não se encontram em situações comparáveis”<sup>88</sup>.

Nos Estados Unidos, segundo o Professor Werter Faria, a Lei Robinson-Patman considera ilegal cometer, ou aceitar, discriminação relativa a preço de produto da mesma classe e qualidade que, de maneira substancial, possa enfraquecer a concorrência ou tenda a criar monopólio em qualquer ramo do comércio ou prejudicar, destruir ou impedir a concorrência. A lei ressalva, prossegue, apenas as diferenças de preços justificadas tão-só por desigualdade dos custos de fabricação, de venda ou de entrega, provenientes da circunstância de serem os pro-

<sup>86</sup> Cf. Exposição de Motivos do Ministro da Justiça ao Projeto de Lei elaborado pela Comissão constituída pela Portaria n.º 28, de 27 de janeiro de 1993, com o objetivo de “estudar e propor, no prazo de vinte dias, o aperfeiçoamento e a consolidação da legislação sobre defesa da concorrência e abuso do poder econômico, visando à fixação de um novo modelo institucional que propicie melhor ação governamental nesse campo, em proveito do exercício integral da cidadania”: *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Especial: “Plano Eliseu”, São Paulo, domingo, 25 de abril de 1993, p. 4.

<sup>87</sup> BIOLAY, Jean-Jacques. “Du principe de non-discrimination dans les relations commerciales” – *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*; 1981, p. 430, apud FARIA, Werter, op. cit., p. 127.

<sup>88</sup> PRIEUR, Raymond. “Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché”. *Revue trim. de droit commercial et de droit économique*, p. 527, apud FARIA, Werter, op. loc. cit..

duros em questão vendidos ou expedidos aos compradores por meios ou em quantidades diversas<sup>89</sup>.

Jacques Azéma, em comentário aos artigos 37 a 41 da lei francesa 73-1193, de 27 de setembro de 1973, que tratam das “práticas discriminatórias de venda”, destaca, entre elas, os “prazos de pagamento”. Eles equivalem, afirma, a verdadeiros descontos,<sup>90</sup> que, se não forem concedidos a todos os clientes, podem ensejar discriminação capaz de conduzir a abuso do poder econômico em detrimento da livre deliberação dos compradores ou vendedores.

O mesmo autor salienta a infinita variedade do objeto das discriminações, que podem incidir sobre os prazos de execução da encomenda, sobre as modalidades de acondicionamento, de expedição, de transporte, sobre os prazos de pagamento, como visto antes; elas podem sobretudo afetar os preços, seja direta, seja indiretamente, por meio de descontos, abatimentos, rebates de qualquer natureza<sup>91</sup>.

Observa, com razão, o ex-Presidente do CADE, Werter Faria, que devem ser refreadas quaisquer formas de discriminação que entrem a concorrência, como a redução injustificada da quantidade de produtos habitualmente fornecidos a um fabricante ou revendedor, que torne impraticável a competição com outros<sup>92</sup>.

A alínea *b* do inciso IV do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62 contempla a subordinação de venda de um bem à compra de outro, ou à utilização de determinado serviço; e o condicionamento da utilização de um serviço à compra de um bem. Estas práticas são comumente chamadas de “vendas casadas”, no Brasil; de *ties in* ou *tying arrangements*, segundo a doutrina norte-americana.

Como observa Fábio Comparato, a perífrase “formar grupo econômico por agregação de empresas” não constava do projeto original da Lei n.º 4.137/62, tendo sido inserida através de emenda<sup>93</sup>. Prossegue o autor citado, dizendo que Benjamin M. Shieber a havia considerado

<sup>89</sup> Cf. FARIA, Werter, op. cit., pp. 128-129.

<sup>90</sup> AZÉMA, Jacques. *Le droit français de la concurrence*. P.U.F.; Paris, 1981, pp. 299 e ss.

<sup>91</sup> Cf. AZÉMA, Jacques, op. cit., p. 302. FARIA, Werter, op. cit., p. 128.

<sup>92</sup> Cf. FARIA, Werter, op. cit., p. 129, nota 2.

<sup>93</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e Concessão de Venda no Brasil. Da Consagração ao Repúdio? Ensaio e Pareceres*. Cit., p. 389.

muito infeliz, porque “vinculação de venda não é um instrumento para a formação de grupos econômicos por agregação de empresas”<sup>94</sup>. E tentara uma interpretação tendente a esvaziar o conteúdo da norma, ao considerá-la mera exemplificação do dispositivo geral do artigo 2.º, inciso I, alínea *g* da lei antitruste: “criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento da empresa”.

Comparato discorda de tal posição, afirmando, entre outros argumentos, que a prática dos contratos vinculados, como a das cláusulas de exclusividade, pode submeter concessionários ou franqueados<sup>95</sup> a um verdadeiro “controle externo” de concedentes e franqueadores; pode, na verdade, conduzir a uma “agregação de empresas” sob a forma de grupo econômico de subordinação externa<sup>96</sup>.

Independentemente das formas que possam assumir as entidades criminais previstas – e cujo espectro tende a aumentar –, o objetivo da lei é impedir o cerceamento à livre deliberação dos compradores ou dos vendedores. Mas as difi-

<sup>94</sup> SHIEBER, Benjamin. *Abuso do Poder Econômico*. São Paulo, 1966, apud COMPARATO, op. loc. cit.

<sup>95</sup> O estudo citado refere-se à natureza das relações que se estabelecem entre franqueador e franqueado.

<sup>96</sup> Cf. COMPARATO, op. cit., p. 390. O autor faz remissão ao Cap. III da obra já citada *O Poder de Controle...*, intitulado “O controle externo” (pp. 68-82), relatando as hipóteses em que o controlador não é, necessariamente, sequer membro de qualquer órgão social, exercendo o seu poder de dominação *ab extra*. Relembra uma decisão célebre de Benjamin Cardozo, na jurisprudência norte-americana, ao reconhecer que, na sociedade anônima, “uma influência dominante pode ser exercida por meios diversos do voto.” A idéia de “influência dominante” foi adotada nas leis acionárias de vários países, como a Alemanha (17 da lei de 1965); na Itália (art. 2.359 do Cód. de 1942) e Suécia (lei acionária de 1944). O artigo 113 da Lei n.º 6.404/76 contempla hipóteses de restrição de voto do acionista caucionante – quando contrai empréstimo e atribui ao mutuante, em garantia de seu crédito, a caução das ações do chamado bloco de controle – subordinando a votação de determinadas matérias ao consentimento do credor caucionado, ou pignoratício. Como observa COMPARATO, em várias situações, o controle externo resulta de uma situação de endividamento da sociedade (op. cit., p. 69). O mesmo ocorre com a emissão de debêntures (p. 70) e nos casos de monopsonio, onde o Estado figura como o principal, senão o único adquirente ou destinatário dos bens ou serviços produzidos (p.76).

culdades de aplicação de tais normas são ressaltadas por muitos autores, pois, em certos casos, a discriminação faz parte das práticas comerciais e não visam à formação de monopólio<sup>97</sup>.

O inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62 contempla a hipótese de prática de concorrência desleal mediante as seguintes condutas:

a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária;

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

A figura da concorrência desleal não se limita às práticas descritas nas duas alíneas do artigo 2.º em apreço. Normas de natureza penal tratam também dos crimes de concorrência desleal<sup>98</sup>. Estas normas devem ser analisadas juntamente com as disposições do Código da Propriedade Industrial, que definem os direitos sobre as invenções, as marcas, os sinais distintivos, os segredos industriais e outros que compõem o conjunto de bens agrupados sob a denominação "propriedade intelectual"<sup>99</sup>. Estabelecidos por outros diplomas legais o conteúdo, a natureza, as garantias, os limites, a proteção e as condições para o exercício e a exploração de tais direitos, a ordem jurídica, através das normas do Código Penal, classifica como criminosas as condutas que configuram violação aos mesmos. Tem-se, assim, como entidades criminais, a "violação de direito autoral"<sup>100</sup>, a "usurpação de nome ou pseudônimo alheio"<sup>101</sup>, a "violação do privilégio de invenção"<sup>102</sup> a "ex-

ploração indevida de modelo ou desenho privilegiado"<sup>103</sup>, a "violação do direito de marcas de indústria e de comércio"<sup>104</sup>, entre outros.

As condutas classificadas pelo Decreto-Lei n.º 7.903/45 como "concorrência desleal"<sup>105</sup> possuem conceituação e conteúdo diferentes dos tipos definidos pelo inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

Consideram-se atos de concorrência desleal, para as finalidades de configuração de abuso do poder econômico, tal como dito antes, "a exigência de exclusividade para propaganda publicitária" e "a combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa"<sup>106</sup>.

No campo da propriedade industrial, pratica concorrência desleal, por exemplo, quem, para obter vantagem indevida, publica pela imprensa ou divulga, por outros meios, afirmação falsa em detrimento do concorrente<sup>107</sup>; quem, com o intuito de lucro, divulga acerca de concorrente falsa informação capaz de causar-lhe prejuízo<sup>108</sup>; quem, através de meio fraudulento, desvia, em proveito próprio, ou alheio, clientela de outrem<sup>109</sup>. Da mesma forma, pratica concorrência desleal quem dá ou promete dinheiro a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem indevida<sup>110</sup>; ou quem divulga ou se utiliza, sem autorização, de segredo de negócio que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço, mesmo depois de havê-lo deixado<sup>111</sup>.

Os delitos descritos, enfeixados sob a denominação genérica de concorrência desleal, possuem, entre suas características, embora não a única, nem a mais marcante, o fato de atentarem contra direitos de propriedade do titular daqueles bens. Quer se trate de bens materiais ou imateriais, o sujeito ativo pratica ofensa

<sup>97</sup> Cf. SODRÉ FILHO Antônio C. de Azevedo & ZACLIS, Lionel. *Commentários à legislação anti-truste*. Editora Atlas; São Paulo; 1992, pp. 57 e ss.

<sup>98</sup> Ver artigo 126 da Lei n.º 5.772, de 21.12.1971; Código de Propriedade Industrial, cujo artigo 126 afirma continuarem em vigor os artigos 169 a 189 do Decreto-Lei n.º 7.903, de 27.8.1945, até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 1.004, de 21.10.1969. A nova Lei de Patentes está em tramitação no Congresso Nacional.

<sup>99</sup> Sobre os bens abrangidos por esta classificação. VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. cit., pp. 427-496.

<sup>100</sup> Os direitos de autor, no campo civil, regem-se pela Lei n.º 5.988, de 14.12.73 (LDA).

<sup>101</sup> Ver, na LDA, a proteção assegurada aos autores de obras literárias, científicas e artísticas.

<sup>102</sup> A Lei n.º 5.772, de 21.12.1972, *Código da Propriedade Industrial*, regulava os inventos e descobertas patentáveis. A lei que está em discussão no Congresso já recebeu mais de mil emendas.

<sup>103</sup> Os direitos assegurados eram regidos também pelo Código de Propriedade Industrial, em seu artigo 171.

<sup>104</sup> Cf. art. 175 do Decreto-Lei n.º 7.903 de 27.4.1945.

<sup>105</sup> No artigo 178 do citado texto, nos incisos I a XII, estão descritos os atos que a lei qualifica de concorrência desleal.

<sup>106</sup> Cf. art. 2.º, V, a e b da Lei n.º 4.137/62, citada.

<sup>107</sup> Cf. art. 178, I, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

<sup>108</sup> Cf. art. 178, II, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

<sup>109</sup> Cf. art. 178, III, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

<sup>110</sup> Cf. art. 178, IX, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

<sup>111</sup> Cf. art. 178, XII, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

contra direitos de propriedade constitucionalmente assegurados (artigo 5.º, *caput*, e incisos XXII e XXIX, notadamente, da Carta Política de 1988).

Já os delitos capitulados no inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137, como todos os demais deste texto, de resto, embora operem uma repercussão direta no patrimônio ou nos negócios do empresário prejudicado, possuem alcance maior, porque passam a atingir o consumidor, a sociedade e a própria saúde da economia de um país.

A exigência de exclusividade para propaganda, vedando a comercialização de produtos com concorrentes, por si só, não constitui abuso do poder econômico. Segundo vários julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as alegações de infrações desta natureza devem ser analisadas caso a caso. Pode configurar-se o abuso quando a avença servir de instrumento de domínio de mercado ou de eliminação total ou parcial da concorrência<sup>112</sup>.

A conduta prevista na alínea *b* do citado inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, tem como intuito viciar a concorrência levada a efeito pela Administração Pública. É considerada "infração de natureza instantânea", pois, configurado o ajuste, caracterizada está a ocorrência do delito.

Este tipo de ajuste ilegal entre participantes da concorrência pública desnatura a competição, impedindo que os entes públicos possam escolher as condições mais vantajosas na aquisição de mercadorias, bens, ou na prestação de serviços licitados.

A vítima, nesta hipótese, ou o sujeito passivo, é a Administração Pública. E o ilícito vai de encontro ao dever constitucional de submeter as suas compras, a realização de obras públi-

<sup>112</sup> Cf. decisão proferida no Processo Administrativo n.º 16, de 2 de maio e 27 de abril de 1977. Representantes: Duarte Rodrigues Ltda, e Copello Representações e Exportações Ltda; Representadas: Procosa - Produtos Cosméticos Ltda, e Cobras - Cosméticos Brasileiros Ltda. (DOU de 17.5.1977., Seção I, Parte I, pp. 5.901 e ss., transcrito por FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga & FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo; 1985, pp. 87 e ss. Ainda no mesmo sentido, a decisão (não unânime) proferida no P.A. n.º 18, de 13.11.1976 (DOU de 24.11.76, seção I, Parte I, pp. 15.388 e ss., apud FRANCESCHINI, op. cit. pp. 90-91).

cas, a prestação, de serviços públicos, como os de saúde, de transporte, de telecomunicações e outros<sup>113</sup> ao processo de licitação pública,<sup>114</sup> destinado, exatamente, a assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, com o objetivo de celebrar o contrato decorrente com aquele ou aqueles licitantes que oferecerem condições mais vantajosas.

Se estes concorrentes, ou alguns dentre eles combinam previamente os preços dos bens, obras ou serviços licitados, não haverá competição, frustrando-se o alcance do objetivo colimado pelo legislador.

Estes atos sumariamente descritos constituem, por assim dizer, a parte substantiva, ou material, da legislação antitruste constante da Lei n.º 4.137/62.

#### 11. *A defesa da livre concorrência na Constituição Brasileira de 1988*

Integrando o regime brasileiro antitruste, já sob a égide da Constituição de 1988, a Lei n.º 8.158, de 8.1.1991, marca a transição entre a fase de repressão ao abuso do poder econômico — enquanto "princípio" da ordem econômica — e a etapa consagrada à defesa da concorrência. Este instituto assume, assim, a primazia no ordenamento constitucional vigente, na qualidade de princípio informador das atividades econômicas.

Já se teve oportunidade de analisar esta transformação, salientando o significado da relocalização do preceito tendente a combater o abuso do poder econômico no quarto parágrafo do artigo 173 da Constituição<sup>115</sup> e a inserção da "livre concorrência" como quarto inciso do artigo 170, classificada como um dos princípios ordenadores das atividades econômicas.

Quer isto dizer que a repressão ao abuso do poder econômico, com todo o arsenal legislativo e institucional disponível, passa a figurar como instrumento de defesa da concorrência, agora elevada, pelo constituinte de 1988, à categoria de valor jurídico constitucionalmente assegurado.

Não obstante composta de vinte e três artigos<sup>116</sup>, apenas, a Lei n.º 8.158/91 apresenta ob-

<sup>113</sup> Cf. art. 21, XI, XII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>114</sup> Cf. art. 37, XXI da CF/88.

<sup>115</sup> Cf. VAZ, Isabel, op. cit., p. 539.

<sup>116</sup> O "Projeto de lei" encaminhado pelo Ministro da Justiça e divulgado juntamente com as medidas do chamado "Plano Eliseu" (*Folha de São Paulo*, Caderno Especial, Domingo, 4.4.93, p. 4) revoga 13

jetivos muito mais ambiciosos e abrangentes do que todas as leis repressivas dos abusos do poder econômico reunidas<sup>117</sup>. Para se ter uma idéia de sua abrangência, basta verificar, no *caput* do seu artigo 1.º, as competências atribuídas à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)<sup>118</sup>.

Na verdade, o artigo 1.º, *caput* da Lei n.º 8.158/91 atribui à SNDE competência para apurar as “anomalias de comportamento” de setores econômicos, empresas, ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa, ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Verificada a ocorrência dos atos descritos através da instauração do competente processo e da instrução processual, obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, compete à SNDE propor as medidas cabíveis à correção das anomalias dos diversos agentes econômicos.

A atuação da SNDE deve ser direcionada no sentido de evitar a ocorrência das seguintes “distorções” no mercado:

a) fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção, bem assim a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas;

b) cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes, no mercado local, regional ou nacional;

c) impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem assim aos canais de distribuição;

d) controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas;

e) controle de rede de distribuição ou de

dos 23 artigos da Lei n.º 8.158/91. O Projeto tomou o n.º 3.712-A/93.

<sup>117</sup> A Coletânea elaborada pela SNDE agrupa, além da Lei n.º 4.137/62, a Lei n.º 1.521, de 26.12.51; a Lei Delegada n.º 4, de 26.9.1962; Lei n.º 8.002, de 14.3.90; Lei n.º 8.137, de 27.12.90.

<sup>118</sup> As competências da SNDE foram fixadas pelo artigo 102, incisos I a IX, do Decreto n.º 99.244, de 10.5.1990, que dispõe sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, entre outras providências. Tais diretrizes foram consolidadas pela Lei n.º 8.158/91, algum tempo depois.

fornecimento por empresas ou grupo de empresas;

f) a formação de conglomerado ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto, bem como de estabelecimento de administração comum entre empresas, com vistas a inibir a livre concorrência.

As condutas descritas nas alíneas a a f do artigo 2.º da Lei n.º 8.158 reproduzem, com algumas alterações e mediante a inserção de novos atos ditados pela procura de bens de alta tecnologia, as práticas previstas no artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62. E constituem condutas contrárias ou incompatíveis com os pressupostos da livre concorrência, tal qual descritos no início.

Enquanto a finalidade da Lei n.º 4.137/62 inspirava-se na apuração e repressão de delitos econômicos já cometidos, as atribuições confiadas à SNDE pela Lei n.º 8.158/91 têm natureza preventiva, na medida em que se destinam a evitar a ocorrência das práticas enumeradas no mercado.

As regras englobadas no artigo 3.º e seus dezoito incisos da Lei n.º 8.158/91 guardam também uma certa semelhança com as disposições do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, chegando a reproduzir, mesmo, algumas condutas delituosas já descritas naquele texto legal.

A mencionada abrangência desta lei revela-se na medida em que o legislador coloca a “ordem econômica” com todos os seus componentes, como bem jurídico tutelado e cuja defesa deve fazer-se, primordialmente, pela repressão ao extenso rol de atos e condutas enumerados no *caput* do citado artigo 3.º e nos quase vinte incisos que o completam.

O *caput* do texto em apreço afirma constituir infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, mesmo que os fins visados não sejam alcançados.

Segue-se a longa enumeração, de natureza exemplificativa, de outros atos e condutas cuja prática constitui infração à ordem econômica, desde que tenham por objeto ou produzam o efeito de dominar os mercados, prejudicar a livre concorrência, obter aumento arbitrário de lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

Comprova-se, como afirmado antes, a natureza evolutiva da legislação, quando as técni-

cas repressivas (ou *status negativus*) cedem lugar as táticas preventivas de defesa da concorrência, transformando a repressão aos abusos do poder econômico em instrumento de defesa de um bem jurídico hierarquicamente superior, na arquitetura constitucional.

## 12. Aspectos regulamentares e institucionais

Cuidou-se, até o presente, de oferecer uma visão panorâmica dos principais artigos das leis que tratam de reprimir os abusos do poder econômico e de promover a defesa da concorrência. Na convicção de filiar-se tanto um quanto o outro diploma legal aos princípios do Direito econômico, adota-se, para a abordagem de outros aspectos daquelas leis, a proposta elaborada pelo conceituado autor francês Bernard Chenot. Em um verbete clássico, intitulado *Droit public économique*<sup>119</sup> Chenot afirma que o Direito público econômico assume formas regulamentares (leis, decretos) de intervenção do Estado e formas institucionais (órgãos, entidades, instituições) através das quais o Estado intervé na economia.

Reduzindo-se o enfoque para o campo específico da legislação antitruste, pode-se afirmar que as leis citadas, os decretos, os regulamentos constituem o ramo regulamentar do direito antitruste. E as entidades, os organismos, as instituições, os conselhos encarregados de aplicar aquelas leis representam o ramo institucional da legislação considerada.

Assim, enquanto os regulamentos definem os delitos de abuso do poder econômico e determinam as regras do processo de apuração e repressão dos mesmos, as instituições criadas encarregam-se de executar as normas traçadas.

Particularizando-se mais ainda o enfoque, tem-se, no Brasil, atualmente, a Secretaria Nacional de Direito Econômico e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, como os principais órgãos destinados a aplicar a legislação antitruste.

A SNDE é um órgão integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, a que se referem o artigo 83, inciso XI, do Decreto n.º 99.244, de 10.5.90, e o artigo 2.º, inciso III, alínea c, do anexo I do Decreto n.º 11, de 18.1.1991, diretamente subordinada ao Ministro de Estado.

O Regimento Interno da SNDE foi aprovado pela Portaria n.º 465, de 16.9.92, baixada pelo

<sup>119</sup> *Dictionnaire des Sciences Économiques*, T. I, publicado sob a direção de Jean ROMEUF, Paris, PUF, 1958, pp. 420-423.

Ministro da Justiça<sup>120</sup>.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, foi criado pelo artigo 8.º da Lei n.º 4.137/62, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o Território Nacional, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

Suas atribuições foram modificadas pelo artigo 14 da Lei n.º 8.158/91, que o classificou como órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei n.º 4.137/62 e no diploma legal citado acima. Passou o CADE a funcionar junto à SNDE, do Ministério da Justiça, incumbida de lhe fornecer suporte de pessoal e administrativo<sup>121</sup>.

O CADE funciona com quatro conselheiros, o Presidente e um Procurador, todos de notório saber jurídico ou econômico, nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro da Justiça e após aprovação dos nomes pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos, sendo permitida a recondução<sup>122</sup>.

À SNDE compete instituir os processos instaurados por abuso do poder econômico, podendo, caso conclua pela existência do delito, recomendar ao agente infrator as medidas de correção cabíveis, fixando prazo para o seu atendimento e encaminhará o processo ao CADE para as medidas de sua competência<sup>123</sup>.

## 13. Conclusão

A título de conclusão desta abordagem parcial de alguns aspectos da legislação brasileira antitruste, pode-se afirmar que a repressão ao

<sup>120</sup> *DOU* de 18.9.92, Seção I, p. 13.096.

<sup>121</sup> Se for aprovado o Projeto de Lei que altera a legislação antitruste, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, o Cade passará a ter a natureza jurídica de autarquia, podendo, inclusive, ser parte em juízo através de seu Procurador-Geral, para providenciar o cumprimento judicial de suas decisões, promover intervenções, desapropriações, cobrança de multas e sanções que aplicar, e assim por diante. A SNDE continua a ter competência para praticar uma série de atos, como instaurar processos administrativos, promover diligências, propor o montante das multas a serem aplicadas em certos casos, mas parece que o intuito do Projeto de Lei n.º 3.712-A/93 é concentrar o poder jurisdicional no órgão colegiado. O recurso administrativo para o Ministro da Justiça seria extinto. Mas passaria a caber recurso para o Cade das decisões proferidas pela SNDE.

<sup>122</sup> Cf. art. 14, parágrafo único, da Lei n.º 8.158/91.

<sup>123</sup> O Regimento Interno do Cade foi aprovado pela Portaria n.º 105, de 26 de fevereiro de 1992, baixada pelo Ministro da Justiça.

abuso do poder econômico e a defesa da concorrência não constituem fins em si mesmas. O que as leis indicadas pretendem, embora não o digam expressamente, é promover o acesso de todos, ofertantes e procurantes, ao mercado, assegurando-lhes as melhores condições possíveis. Ao competir entre si, de modo honesto, sadio, leal, os concorrentes procuram aprimorar a qualidade de seus produtos, mercadorias ou serviços, tornando-os, além do mais, atraentes ao consumidor. O esforço de aprimoramento gera melhoria na qualidade dos bens e nesta luta pela conquista do mercado, segundo regras destinadas a assegurar a liberdade e a honestidade na competição, cresce a economia do país, os produtos adquirem competitividade, eliminam-se os desperdícios de matéria-prima e de insumos, transformando o acesso ao consumo numa realidade para um número cada vez maior de pessoas.

A prática de uma concorrência livre e de uma competição sábia entre os agentes econômicos prepara o país para enfrentar os desafios nos mercados internacionais, beneficiando a sociedade, gerando novos empregos e assegurando uma redistribuição de rendas mais justa.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, estas razões justificam todos os esforços no sentido de se procurar implantar, não um modelo de concorrência perfeita, mas uma concorrência possível ou praticável.

Já é um grande passo, cuja realização demanda o esforço de todos quantos aspiram a contribuir para tornar a vida mais digna, em uma sociedade mais justa e mais solidária.

### Bibliografia

AZÉMA, Jacques. *Le droit français de la concurrence*. PUF, Paris, 1981.

BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e Desnacionalização (A experiência brasileira: 1964-1974)*, 3.<sup>a</sup> ed., Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1979.

BARRE, Raymond. *Économie Politique*. 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup>, vv. 10.<sup>e</sup> éd. mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1975.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. G. Giappichelli - Editore, Torino, 1958.

BOBBIO, Norberto. "O significado da política" (*O que é a política. Coletânea de textos editada pelo Instituto Tancredo Neves*). Brasília, 1988.

CHAMBERLIN, Edward H. *Teoria della concor-*

*renza monopolistica*. Primeira edição italiana: setembro 1961. Tradução de H. B. del título original dell'opera: "The theory of monopolistic competition" (Harvard University Press, Cambridge, 1960, 7.<sup>a</sup> ed.) La Nuova Italia, Firenze, 1961.

CHENOT, Bernard. Verbete "Droit public économique". *Dictionnaire des Sciences Économiques*. T. I.; publicado sob a direção de Jean ROMEUF. Paris, PUF, 1958.

CLARK, J. Maurice. "Towards a concept of workable competition" (*The American Economic Review*, v. XXV, 1940).

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, 1.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1988.

COTTELY, Esteban. *Teoría del Derecho Económico*. Frigerio Artes Gráficas, S.A.C. e I., Buenos Aires, 1971.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Tradução de Joaquim Dá Mesquita Paúl. Livraria Chardron, de Lelo & Irmão, Editores. Porto, s.d. [1.<sup>a</sup> ed. em inglês, 1859].

FARIA, Werter. "Preços Discriminatórios e Comprovação de Custos" (*Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*). Sérgio Antônio Fabris. Editor. Porto Alegre, 1992.

FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. 2.<sup>a</sup> éd. refondu. Presses Universitaires de France, Paris, 1982.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Prólogo de Manuel Olivencia. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1987.

FRANCESCHINI, J. Inácio. "A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): alguns aspectos" (*RDP* - 75, pp. 291-308).

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Legislação Brasileira Antitruste e seus antecedentes legislativos*. Edição do Autor. São Paulo, 1986.

GALVES, Carlos. *Manual de Economia Política Atual*, 12.<sup>a</sup> ed., Forense Universitária, Rio, 1991.

MACEDO, Marcos L. Verbete "Lucro" (*A economia e o economês*. Editora Lemi S.A., Belo Horizonte, 1980).

MAGALHÃES, Paulo Germano. "As origens do nome Lei Malalaia" (*Revista do CADE*. Nova Fase n.<sup>o</sup> 4, jan./jul., 1988, pp. 11-13).

MARTINS, F. Magalhães. *Delmiro Gouveia: Pioneiro e Nacionalista*. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1963.

PATRICIO, J. Simões. *Direito da Concorrência*. Publicações Gradiva, Lisboa, 1980.

- PERROUX, François. *A Economia do Século XX*. Tradução de José Lebre de Freitas do título original "L'Économie du XX<sup>e</sup> Siècle" (Paris, 1964), Herder, Lisboa, 1967.
- SHIEDER, Benjamin. *Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966.
- SMITH, Adam. *Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. V. 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> ed. Tradução (e Notas) de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar do original em inglês "An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations"; Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, [1980].
- SODRÉ FILHO, Antônio C. de Azevedo & ZACILIS, Lionel. *Comentários à legislação antitruste*. Editora Atlas, São Paulo, 1992.
- SOUZA, Ferreira de. *União de empresas concorrentes*. Tese. Rio de Janeiro, 1939.
- SPINOLA, Moacyr Roberto de Pinho. "O Equilíbrio das Estruturas Básicas de Mercado" (*Manual de Economia*, 1.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> tiragem. Coordenação de Diva Benevides Pinho. Colaboração de André Franco Montoro Filho *et alii*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989).
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Forense. Rio. 1992.
- WASSERMAN, Max J. *L'Oeuvre de la Federal Trade Commission*. Paris, Marcel Giard Editeur. 1925.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, v. I, 2.<sup>a</sup> ed. em espanhol. Tradução de José Medin Echavarría *et alii* da 4.<sup>a</sup> ed. em alemão, do título "Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie". Fondo de Cultura Económica. México, 1964.