



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
CURSO DE POS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA – CAEN
MESTRADO PROFISSIONAL EM ECONOMIA - MPE

MÁRIO DAVID M. S. FERNANDES

A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA NUM
CENÁRIO ECONÔMICO GLOBALIZADO

FORTALEZA-CE
MARÇO-2010

MÁRIO DAVID MAGALHÃES SOARES FERNANDES

**O DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO NUM CENÁRIO
ECONÔMICO GLOBALIZADO**

Dissertação apresentada ao
Curso de Pós Graduação em
Economia – CAEN da
Universidade Federal do Ceará -
UFC como exigência parcial
para a obtenção do grau de
mestre em economia, sob a
orientação de conteúdo do
Professor Jair do Amaral Filho.

FORTALEZA-CE
MARÇO-2010

MÁRIO DAVID MAGALHÃES SOARES FERNANDES

**O DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO NUM CENÁRIO
ECONÔMICO GLOBALIZADO**

Dissertação apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Pós Graduação em economia – CAEN da Universidade Federal do Ceará – UFC, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Mestre em Economia.

Aprovada em 16/03/2010

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jair do Amaral Filho – Orientador
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. João Mário de França
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Edilberto Pontes Lima
Universidade Federal do Ceará

Fortaleza-CE
MARÇO-2010

Aos meus amados pais, Paulo e Ana que me ensinaram valores e lições as quais em nenhum livro poderia aprender. Obrigado também pelos seus admiráveis esforços que me proporcionaram a oportunidade de obter uma educação de qualidade, sempre apoiando e ajudando as empreitadas acadêmicas realizadas tanto por mim como por meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por me ajudar no longo caminho que tracei para alcançar os meus objetivos.

A minha estimada avó, Elzenir cujo apoio e carinho me ajudaram a superar os mais difíceis desafios. Uma lembrança especial ao meu avô, Wilson Fernandes (*in memoriam*), que por força do destino não teve a oportunidade de acompanhar-me na conquista de mais este desafio.

Aos meus queridos irmãos, Paulo Henrique e Rebeca, amigos eternos, que sempre souberam me apoiar nas horas mais difíceis, nunca permitindo que eu desanimasse frente às dificuldades.

A minha amada namorada Aline por sua compreensão, apoio e dedicação, principalmente pelo seu amor e amizade que me deram forças para enfrentar todas as dificuldades. Obrigado por sempre estar ao meu lado.

A toda a minha família, tios, primos e amigos próximos que sempre acreditaram em mim e em minhas aspirações.

Ao estimado, competente e atencioso professor Jair do Amaral Filho pela atenção e dedicação durante a realização deste trabalho.

Ao professor João Mário e ao professor Edilberto Pontes por fazerem parte da banca examinadora, compartilhando o seu valioso conhecimento e dando a sua estimada contribuição.

A todos os fiéis amigos que fiz durante esta caminhada, foram tantos que não seria possível citá-los neste resumido espaço. Só tenho a agradecer-los pelo apoio e pela força que por vocês foi me passada.

A todos os professores e funcionários que fazem parte desta instituição, pois sem os seus trabalhos esta conquista nunca seria possível.

Por fim, um agradecimento especial a minha amada avó Hilda Maria, que por força do destino, encontra-se travando uma batalha bem mais importante, quero deixar claro que ela está no meu coração neste importante momento de minha vida e peço a Deus que lhe dê forças para que se recupere e volte o mais rápido possível ao convívio de sua querida família.

“Sessenta anos atrás eu sabia tudo, hoje sei que nada sei. A educação é o descobrimento progressivo da nossa ignorância”.

William James Durant

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o impacto dos efeitos relacionados à globalização econômica no processo de defesa da concorrência adotado pelos países, dando ênfase ao caso brasileiro. A análise do tema em questão repercute nas formas de concentração realizadas pelas empresas como resultado do processo de internacionalização da economia, demonstrando os efeitos advindos com referidas operações, bem como, os meios preventivos e repressivos utilizados pelo Estado para preservação do instituto da livre iniciativa e da livre concorrência. O trabalho procura evidenciar a forma como a globalização econômica influi na ciência do direito e as implicações das operações concentradoras, consequência desta transnacionalização das empresas, na confecção e aplicação das normas e legislações tutoras da concorrência, assim como na atuação e fundamentação das decisões dos órgãos competentes pela defesa da concorrência.

Palavras Chave: Livre Concorrência, Legislação Antitruste, Globalização.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the impact of effects related to economic globalization in the process of defence of competition adopted by countries, with emphasis in the Brazilian case. The analysis of the subject in question affects in forms of concentration carried out by companies as a result of the process of internationalization of the economy, demonstrating the effects created with this operations, as well as, preventive and repressive means used by the State for preservation of the institute of free initiative and free competition. The work seeks to show how economic globalization affects in science of law and the implications of concentrated operations, consequently this transnationalization of the companies, in the making and application of standards and the laws responsible for competition, as well as, the expertise and motivation of the decisions of the bodies responsible for the defence of competition.

Palavras Chave: Free Competition, Antitrust legislation, Globalization.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 1. DEFESA DA CONCORRÊNCIA E LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE | 11 |
| 1.1. A evolução da política antitruste | 12 |
| 1.1.1. Desenvolvimento histórico da política antitruste nos EUA..... | 14 |
| 1.1.2. Desenvolvimento histórico da política antitruste na Europa..... | 19 |
| 1.2. A evolução da política antitruste no Brasil..... | 24 |
| 1.2.1. Desenvolvimento histórico da política antitruste no Brasil..... | 25 |
| 1.3. A política antitruste no Brasil pós Cconstituição de 1988..... | 31 |
| 2. A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E OS INSTITUTOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA..... | 34 |
| 2.1. As operações societárias e a concentração empresarial..... | 35 |
| 2.1.1. As operações societárias | 36 |
| 2.1.2. Mercado relevante | 41 |
| 2.1.3. Poder econômico e grau de concentração..... | 45 |
| 2.2. O princípio da livre iniciativa x o princípio da livre concorrência..... | 52 |
| 3. A GLOBALIZAÇÃO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA | 59 |
| 3.1. Globalização econômica e o direito..... | 60 |
| 3.1.1. A globalização e o poder econômico..... | 60 |
| 3.1.2. Globalização x soberania..... | 65 |
| 3.2. Atuação do Sistema Brasileiro de Proteção da Concorrência no contexto econômico globalizado | 71 |
| 3.2.1. A regra da razão e a eficiência econômica | 72 |
| 3.2.2. A economia globalizada e a atuação do SBPC..... | 75 |
| CONCLUSÃO..... | 86 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 88 |

INTRODUÇÃO

A ciência do direito e a ciência econômica são dois ramos de relevante importância para o desenvolvimento de qualquer sociedade, uma responsável pela utilização dos meios de produção e troca, enquanto a outra tem como objetivo amplo, a tutela das relações sociais.

As transformações por que passa a economia mundial repercutem no comportamento dos agentes, na formação dos mercados transnacionais implica num aumento da competitividade empresarial, em que as novas regras impõem às empresas a necessidade de se modernizarem na tentativa de acompanhar as transformações e permitir a manutenção de sua participação no mercado.

O presente trabalho tem por objetivo uma análise dos institutos responsáveis pela defesa da livre iniciativa e da livre concorrência. Para alcançar o resultado desejado, procura fazer um estudo sobre a evolução do direito antitruste, observando as transformações econômicas e sociais que conferem ao poder estatal a necessidade de revisão dos meios indispensáveis para manutenção do equilíbrio do mercado.

A principal função do Estado moderno é promover o bem-estar social. No âmbito econômico, o estado objetiva alcançar este fim, através de normas que procuram restringir o abuso do poder econômico. O Poder estatal, por meio de seus órgãos responsáveis, utiliza políticas que visam regulamentar operações que possam vir a limitar a concorrência.

Em um primeiro momento, o trabalho se volta para a demonstração do processo de evolução do direito antitruste, efetuando uma análise desde a criação das primeiras normas sobre o assunto até as modernas legislações.

O primeiro capítulo está subdividido da seguinte forma, primeiro apresenta a evolução das normas antitruste em âmbito geral, e depois analisa os casos específicos, precisamente, a legislação norte-americana, européia e brasileira.

O segundo capítulo tem como foco uma análise acerca das operações societárias previstas na legislação brasileira, bem como, conceitua alguns termos dispostos na legislação que são de suma importância para entendimento do tema, e realiza uma confrontação entre os institutos da livre iniciativa e da livre concorrência.

A parte final do trabalho procura demonstrar a maneira como as modificações ocasionadas pela internacionalização da economia afetam as políticas de defesa da concorrência.

Na moderna economia capitalista, a sobrevivência das empresas está vinculada a sua capacidade competitiva, assim, as mesmas necessitam descobrir soluções que lhes permitam adequar à nova realidade da economia mundial.

Nesta tentativa de buscar soluções para os problemas gerados pela globalização, as empresas podem efetuar operações que vão de encontro às normas que visam proteger a concorrência e o equilíbrio de mercado. Assim, compete ao Estado estabelecer regras que apontem para proteção do instituto da livre concorrência.

Portanto o capítulo procura analisar de que forma a globalização econômica influencia na confecção e aplicação das normas e legislações responsáveis pela proteção da concorrência, enfatizando o impacto da transnacionalização empresarial na atuação do Sistema Brasileiro de Proteção a Concorrência.

1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA E LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

A principal função do Estado moderno é promover o bem-estar social. No âmbito econômico, o estado objetiva alcançar este fim através de normas que procuram restringir o abuso do poder econômico. O Poder Estatal, através de seus órgãos responsáveis, utiliza-se de políticas que visam regulamentar operações que possam vir a limitar o princípio da livre concorrência.

O próprio sistema capitalista, em seu objetivo de procurar sempre uma maximização dos lucros, é responsável pelo acirramento da concorrência entre as empresas, o que pode vir a ocasionar distúrbios que possam prejudicar o equilíbrio de mercado.

Já há alguns anos, tem se constatado um aumento crescente de operações concentradoras. Em muitos casos, estas operações podem visar objetivos diversos, como: recuperação de empresas deficitárias, fortalecimento do mercado distribuidor, melhora do acesso a insumos, bem como, podem visar o domínio do mercado.

Assim, determinadas operações empresariais podem proporcionar ganhos ou perdas no bem-estar da sociedade. Ao conduzir o mercado a uma tendência concentracionista, a globalização capitalista, induz os agentes a formarem grandes grupos econômicos denominados trustes, e que podem acarretar em um domínio de mercado. Segundo Marins (2003, p.1)

Quando se fala em truste, palavra de origem anglo-saxônica, remete-se a um conceito econômico, de natureza capitalista, que consiste numa concentração de empresas visando a dominação do mercado através da eliminação de concorrência, e conseqüente imposição de preços arbitrários. E neste contexto, conseqüência óbvia do capitalismo, temos que não é interesse de uma dada coletividade a ocorrência destes monopólios que geram um grave custo socio-econômico, uma vez que prejudica-se o próprio desenvolvimento de novas tecnologias, a prática do preço justo, a geração de empregos, dentre outras tantas conseqüências negativas. Enfim, o mercado não se situa diante do desejável equilíbrio natural da justa composição entre a oferta e a procura, e ao livre comportamento dos agentes econômicos.

Os trustes são concentrações de empresas que agem com o intuito de dominar o mercado através da eliminação da concorrência, ele consiste na fusão de várias empresas sendo que a empresa maior detém o poder sobre as firmas menores. Os trustes apresentam similaridades com os cartéis, no entanto, estes se caracterizam não como uma fusão de empresas, mas como um acordo de cooperação entre firmas com intuito de limitar a concorrência. Estes tipos de operações proporcionam um grave custo social-econômico para a população, por isso a necessidade de regulamentação estatal. Segundo Gomes (2007, p.05);

O truste é uma forma de oligopólio, na qual as empresas envolvidas abrem mão de sua independência legal para constituir uma única organização, com o intuito de dominar determinada oferta de produtos e/ou serviços. Pode-se definir truste, também, como uma organização empresarial de grande poder de pressão no mercado.

De acordo com Bulgarelli (1997, p.53), os trustes podem ser definidos como *“um conjunto de sociedades submetidas a uma direção econômica única”*.

Assim, com objetivo de proteger a livre concorrência e de regular operações empresariais, que possam acarretar desequilíbrios de mercado, surge o direito concorrencial e as Políticas antitrustes. Segundo Silva (p.125, 2003),

é com base na tendência de eliminação da concorrência que surgiu o chamado Direito Antitruste; considerando o antitruste como o arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis, criados pelo próprio mercado, bem como o instrumento de implementação de políticas públicas.

As leis de defesa da concorrência almejam galgar os objetivos propostos pela Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), são:

Controlar ou eliminar os convênios ou acordos restritivos entre empresas, as fusões e aquisições ou o abuso de posição dominante no mercado, que limitem o acesso aos mercados ou restrinjam de algum modo a concorrência e tenham efeitos prejudiciais no comércio nacional e internacional ou no desenvolvimento econômico. (UNCTAD, 2003).

1.1 A evolução da política antitruste

Apesar do marco inicial, que culminou com a evolução das legislações de defesa da concorrência, ter sido a promulgação do *Sherman Act*, em 1890, nos Estados Unidos, pode-se observar através da história a adoção de outras ações visando à proteção da concorrência.

Por exemplo, de acordo com Considera (2002), três séculos antes de Cristo, na cidade de Atenas, devido à grande demanda externa de milho e trigo que a cidade necessitava para seu sustento, foram criadas normas que protegiam os cidadãos de especulações no preço destes produtos.

O governo fiscalizava tanto os preços como todo o processo de venda e produção dos produtos finais destinados ao consumo. Assim, desde a importação até a chegada do produto ao consumidor final era controlada pelo governo o que dificultava muito a tentativa de cometer fraudes. A fiscalização era feita por funcionários públicos e quem fosse pegue era processado e a pena definida para tal crime era a morte.

Acontece que a competição para compra dos grãos fez com que os importadores elevassem seus preços, seguindo uma orientação de um comissário, os varejistas passaram a comprar em conjunto, a fim de que, acabasse a concorrência entre eles. A medida funcionou só que, ao invés de reduzirem os preços finais os varejistas mantiveram seus preços proporcionando-lhes lucros exorbitantes.

Descoberta a fraude os mesmos foram julgados, o promotor alegou a formação de um conluio entre os varejistas, citando ainda o fato dos mesmos não terem agido em benefício do povo, pois apesar de comprarem os grãos a preços menores repassavam a população a preços seis vezes superior.

Na Roma antiga também podiam ser observadas práticas concentradoras, segundo Cordeiro:

Em Roma, a prática monopolista também existiu, sendo correto afirmar que o monopólio do sal por parte do Estado foi responsável pela maioria das receitas deste. Através do Édito de Zenão foi regulamentada política de monopólios, evitando com isso os abusos de preços. Neste mesmo sentido também se posicionou o Código de Justiniano, que proibiu determinadas práticas de monopólio.(2006, p.3).

Na passagem da Idade Antiga para Idade Média os institutos de proteção à concorrência evoluíram. Apesar das corporações de ofícios apresentarem características

que se mostravam verdadeiras afrontas à concorrência, inclusive com fortes barreiras a entrada, os governos estabeleceram algumas medidas em prol da concorrência. Segundo Anjos (2002, p.04) algumas dessas medidas foram:

Mas, a preocupação em proteger o consumidor não foi inexistente nos governos da Idade Média. O próprio mecanismo das feiras era utilizado para que fossem evitados abusos de preços por parte dos comerciantes. Exigia-se, assim, que os agricultores levassem suas mercadorias a um determinado lugar (praça do mercado), em horas preestabelecidas, viabilizando-se a concorrência. Impunha-se a obrigação dos vendedores de liquidarem sua mercadoria antes do final da feira, e proibia-se, aos compradores, a aquisição de mercadoria acima da necessitada (acaparramento), bem como a compra para revenda.

Com a revolução Industrial, as empresas despertaram um maior interesse nas ações concentracionistas, de acordo com Marin (2003, p.3)

A justificativa histórica da crescente evolução, e variantes, dos modos como as sociedades empresárias se utilizam para unir forças, ou tão somente expandir a qualidade/quantidade de sua atividade, tem como fonte principal o período pós Revolução Industrial, mormente no início do Século XIX. Com a crescente massificação do capitalismo, inclusive na seara cultural, houve por consequência, um maior despertar do empreendedor para às possibilidades concentracionistas, não somente pela própria autofagia verificada no seio do próprio mercado, mas também em razão de um mútuo interesse das sociedades empresárias, que em determinadas circunstâncias econômicas, se voltam a unir forças objetivando simplesmente melhoria no resultados, ou mais diretamente a própria dominação do mercado.

Por fim, já na idade moderna a Inglaterra se destacou no processo de evolução da proteção a concorrência, a *commow law* inglesa constituiu um arcabouço de decisões judiciais que mais tarde vieram a influenciar na formação das bases do *Sherman Act*. De acordo com Considera (2002, p.04) “A *common law* inglesa foi herdada pela justiça dos Estados Unidos da América e viria a se constituir nos fundamentos do *Sherman Antitrust Act* de 2 de julho de 1890, o primeiro importante estatuto legal da defesa da concorrência”.

1.1.1 Desenvolvimento histórico da política antitruste nos EUA

Com relação às normas de direito concorrencial, os Estados Unidos se destaca em comparação aos demais países por ser detentor da legislação antitruste mais avançada do mundo. O início da normatização das políticas antitruste americana se deu

com a promulgação do *Sherman Act* datado de 2 de julho de 1890. Desta forma, Shieber (1966, p.15) expõe sobre o assunto o seguinte:

No curso destes anos, os tribunais e órgãos dos E.U.A. tiveram o ensejo de julgar milhares de casos baseados na legislação antitruste, e os doutos, de escrever igual número de estudos doutrinários sobre o direito antitruste. Não é exagero nem chauvinismo dizer que a matéria jurídica, econômica e social sobre o direito antitruste nos Estados Unidos é a mais desenvolvida do mundo. Portanto, o direito antitruste norte-americano é como um armazém de matéria-prima sobre problemas antitruste.

Assim, não é de surpreender o fato de que, inúmeros países formularam suas legislações antitrustes baseados na experiência adquirida pelos Estados Unidos da América.

Para se chegar aos motivos que culminaram com a promulgação do *Sherman Act*, devem-se analisar os caminhos trilhados pela economia americana após o término da Guerra da Secessão, em 1865.

Segundo Gheventer (2004), findo a guerra, com a derrota dos confederados e a conseqüente abolição da escravatura, o governo americano voltou sua atenção para o povoamento, exploração e organização das terras conquistadas ao oeste.

A integração entre as regiões leste e oeste deveu-se principalmente pelo rápido avanço das ferrovias que, além de interligarem as duas regiões, possibilitaram o melhor e mais rápido escoamento da produção.

Foi nesse período do pós-guerra que se iniciou o aparecimento das grandes corporações, os setores econômicos que mais se sobressaíram foram os setores: ferroviário, siderúrgico, petrolífero e financeiro. Apesar do surgimento das grandes fortunas e do desenvolvimento das grandes corporações, alguns seguimentos da economia não apresentaram a mesma eficiência, muito devido às práticas desleais implementadas pelos grandes grupos econômicos surgidos na época:

Após a Guerra Civil, a economia norte-americana experimentou um período de deflação e recessão que atingiu particularmente o setor agrícola. Pequenos fazendeiros, comerciantes e trabalhadores descontentes, deslocados dos mercados pelo crescimento das grandes corporações, uniram-se. O descontentamento, ora em razão das políticas agrícolas da época, ora em função da situação privilegiada das grandes corporações em face dos pequenos homens de negócio - em especial as estradas de ferro e novos trustes como a Standard Oil -, transformou-se em ação política em favor desses grupos. (GHEVENTER, 2004, p.03).

O fim da guerra culminou também com a derrocada da aristocracia agrícola que passou a ser refém dos grandes grupos econômicos formados no período, pois o agricultor pagava preços elevadíssimos à indústria pela aquisição das máquinas agrícolas. Na tentativa de levantar o dinheiro necessário recorriam aos empréstimos concedidos pelo setor financeiro, hipotecando suas terras, por fim, ainda eram reféns do setor ferroviário, responsável pelo escoamento da produção, devido aos altos valores cobrados pelo frete.

Portanto, este era o cenário apresentado nos Estados Unidos após a Guerra de Secessão, um país desenvolvendo-se rapidamente, com um vertiginoso crescimento econômico, em que os principais setores em ascensão eram controlados por grandes trustes.

Foi nessa conjectura que começaram a surgir movimentos destinados a combater o desenvolvimento e o aparecimento dos trustes no país. Um desses movimentos era chamado de progressista e surgiu em 1890. Foi nesse clima de total insatisfação e intensa mobilização da sociedade que o governo americano começou a agir na tentativa de limitar o poder econômico das grandes corporações.

As principais determinações implementadas pela Lei Sherman, foram: a proibição de realizar contratos ou qualquer tipo de combinação em forma de truste, bem como considerar culpada toda e qualquer pessoa que monopolize ou tente monopolizar algum ramo do comércio ou da indústria.

O *Sherman Act* tem sua importância reconhecida à medida que se tornou o primeiro passo para formação de uma legislação antitruste, mas seus resultados não obtiveram muita eficácia no combate aos trustes, inclusive a acumulação de capital das grandes empresas apresentou uma tendência não só crescente, mas também de aceleração.

O presidente americano Theodor Roosevelt chama para si o compromisso de lutar contra os grandes conglomerados econômicos da época. Assim, de acordo com Considera (2002), em 1906 é instituído um processo contra a Standard Oil Co.

A empresa pertencia a John Davison Rockefeller e era responsável por quase todo o refino, fornecimento e transporte de petróleo do país. Rockefeller aos 30

(trinta) anos já havia se tornado um dos homens mais ricos dos Estados Unidos; era um gênio para os negócios ao mesmo tempo em que se tornava um ícone do chamado capitalismo selvagem devido à utilização de práticas desleais em seus negócios.

Em 1909, a sentença proferida pelo Tribunal Federal onde tramitou o processo, depois confirmado pela Suprema Corte Federal em 1911, condenou a *Standart Oil Co.* a dividir-se em várias empresas, muitas delas subsistem até hoje como a Esso, a *Mobil Oil*, *Continental Oil*, *Atlantic*, *Chevron*, etc.

A referida sentença representou uma vitória na batalha contra as grandes corporações, mas como o Sherman Act teve sua eficácia limitada, já que, apesar de subdividir a *Standart Oil Co* em várias empresas, estas detiveram um crescimento surpreendente, tanto que um ano após a dissolução da empresa o patrimônio acionário de Rockefeller veio a duplicar.

A ascensão do Partido Democrata ao poder em 1912 acirrou a guerra contra os trustes. No ano de 1914, duas novas leis de combate às práticas anticoncorrenciais foram promulgadas, a primeira delas foi a *Lei Clayton* e, posteriormente, o *Federal Trade Comission Act*. (GUENTEVER, 2004).

A *lei Clayton*, vem a complementar a Lei Sherman, foi instituída com a finalidade de tornar mais clara as práticas anticoncorrenciais, referida norma elencava e definia determinados tipos de condutas segundo as quais eram consideradas ilegais, por essa lei as operações de fusão realizadas por empresas do mesmo ramo comercial ou industrial tinham que se submeter às exigências da Lei para que pudessem ser concretizadas.

(...) a Lei Clayton (The Clayton Act, 1914, modificada pelo Celler-Keafauver Act de 1950), que proibiu qualquer aquisição direta ou indireta de ações de uma sociedade por outra, como meio de tolher a concorrência entre elas e também a troca de diretores. Previu também a ação desses acordos, impedindo a aplicação de preços diferentes, segundo a localidade, (local price discriminations) e o contrato de exclusividade (tying contracts). (BULGARELLI, 1997, p.36).

Foi também criada, através do *Federal Trade Comission Act* (1914), a Comissão Federal de Comércio (FTC), que se tratava de uma agência administrativa possuindo a função de proceder às investigações administrativas na área antitruste

auxiliando também a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, setor responsável pela investigação criminal.

Apesar dos Estados Unidos apresentarem uma política intensificada de combate aos trustes e de proteção a concorrência, durante o período da primeira grande guerra, ocorreram alguns casos de uniões de empresas que foram legitimados pelos órgãos reguladores, com a alegação de que a concentração era realizada em prol da indústria nacional.

Após a primeira grande guerra, ocorreu uma atenuação da hostilidade do ordenamento jurídico americano, em relação às uniões; foram suspensas as leis especiais durante a guerra, e com a expressa declaração de licitude da união de empresas exportadoras, no interesse do comércio nacional (webb Export Trade Act, de 10-4-1918), e de empresas agrícolas (Copper Volstead Law de 1922) (...). (BULGARELLI, 1997, p.37).

Instituídas as bases de combate às práticas anticoncorrenciais, inúmeros outros atos foram confeccionados em prol da política antitruste americana, dentre eles se destacam os seguintes, a Lei Robison-Patman que, em 1938, proibiu a discriminação de preços; a Lei Celler-Kefauver instituída em 1950 regendo as operações empresariais de natureza vertical e a Lei Hart-Scott-Rodino promulgada no ano de 1976 determinando que todas as operações de fusão e aquisição de empresas sejam previamente analisadas pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e pela Comissão Federal do Comércio, que irão mensurar os efeitos anticompetitivos da operação antes que a mesma possa vir a ser concretizada.

Deve-se observar, no entanto, que a história da política antitruste na América está diretamente ligada às mudanças ocasionadas no sistema político do país, precisamente a troca dos chefes do poder executivo, segundo Gheventer (2004, p.04):

A história da jurisprudência norte-americana demonstra que a política antitruste é bastante susceptível a mudanças no sistema político. Até os anos 70, a FTC tinha uma linha de atuação bastante agressiva contra práticas e operações que pudessem ser consideradas anticoncorrenciais. Até então, prevalecia a conhecida expressão "*small is beautiful*". Foram abertos, no início dos anos 70, grandes processos contra a IBM, Xerox, AT&T e mais três produtoras de cereais prontos para consumo (Kelloggs, General Mills e General Foods), todas acusadas de monopolização, entre outros casos. No final dos anos 70, o Congresso criticou publicamente a FTC por uma série de investigações e programas realizados durante a década, considerados abusivos. O Senado ameaçou cortar verbas e extinguir o órgão. Com isso, a FTC encerrou seus casos mais polêmicos e passou a seguir uma linha de atuação menos intervencionista.

Assim, durante todo o processo de desenvolvimento das leis de proteção à concorrência americana, ocorreram variações relacionadas ao grau de interferência governamental na economia. Desta forma, governos republicanos mais conservadores possuíam uma política antitruste mais flexível, voltando-se mais a favor das empresas, enquanto que, nos governos ligados ao Partido Democrata, detentores de uma política mais liberal voltavam-se mais a defesa do consumidor.

1.1.2 Desenvolvimento histórico da política antitruste na Europa

O desenvolvimento da legislação antitruste europeia trilhou, no início de sua implementação, um caminho diferenciado se comparado ao processo de defesa da concorrência adotado pelos Estados Unidos. Conforme Gheventer (2004, p. 339) ;

“O caso Europeu é radicalmente distinto do norte-americano. Com poucas exceções, como a Inglaterra, a liberalização econômica caminhou passo a passo com o desenvolvimento capitalista. Como observava Amato(1997), por diferentes razões, o desenvolvimento econômico no continente europeu não apenas tem apresentado enorme influência estatista, como também o Estado tem estimulado mais a cooperação entre empresas nacionais do que a concorrência entre elas, com o intuito de tornar competitiva a indústria doméstica – como exemplos mais significativos dessa modalidade de cultura estão a França, a Alemanha e a Itália. Mesmo no pós-guerra, e com o fim dos regimes fascistas, permaneceu a idéia de que manifestações econômicas tipificadas como cartel podem ser positivas, desde que confluem para o interesse público e os objetivos dos órgãos governamentais. Evidentemente, essa herança histórica influenciou decisivamente na direção da política antitruste na Europa no pós-guerra”.

Com fim do feudalismo e a formação das monarquias nacionais, inicia-se um processo que culminou com a demarcação territorial, unificação das leis, criação de um sistema único de pesos e medidas e de um sistema monetário, e que resultou na concepção do Estado Nacional e de um conseqüente mercado nacional.

A criação dos mercados nacionais traz grande benefício à classe burguesa, eis que, em função da unificação de todo o sistema, as mercadorias poderiam circular com maior facilidade e, por conseguinte, o comércio desenvolveria muito mais. Ademais, com a criação dos exércitos por parte do Rei, havia paz e segurança para que os burgueses realizassem suas transações comerciais com mais tranqüilidade.

Juntamente com o regime Absolutista tem início o Mercantilismo, que se caracteriza por uma política econômica de constante intervenção governamental na economia e tinha como princípios básicos a balança

comercial favorável, o protecionismo alfandegário, o metalismo e, por fim, o pacto colonial. (CORDEIRO, 2006,p.03).

Durante o mercantilismo a economia se caracterizava por uma grande intervenção estatal e pelas políticas protecionistas adotadas pelos Estados, neste período as ações limitadoras da concorrência eram toleradas e até incentivadas pelo Estado.

Costuma-se considerar o chamado “caso dos monopólios”, de 1603, como o primeiro pronunciamento judicial sobre os princípios gerais da common law acerca dos monopólios (e também sobre o poder real de concedê-los). Para que não se façam interpretações equivocadas desse episódio, convém ressaltar que não havia, à época, a concepção de livre iniciativa ou liberdade de comércio como uma forma de atingirem-se os ideais de liberdade econômica ou eficiência. Mesmo assim, com o escopo de justificar a posição que tomavam, os julgadores apontam alguns dos efeitos danosos do monopólio para a economia e, conseqüentemente, para o bem comum. (FORGIONI APUD CORDEIRO 2006, p.03).

Em 1623 o Parlamento Inglês aprova o “*Statute of Monopolies*” que limitava a constituição dos monopólios, bem como o poder do Rei. Em 1971 são editados o Decreto de Allarde e a Lei Chapelier, resultando com o fim das corporações de ofício. Outros eventos históricos que influíram foram: o pensamento Iluminista e a Revolução Industrial, segundo Cordeiro (2006, p.04):

Com o pensamento Iluminista – e, principalmente, a partir das idéias de ampla liberdade de iniciativa propugnadas por Adam Smith, isto é, a não-intervenção do Estado na economia, em razão de esta ser capaz de se auto-regular por meio das leis da oferta e da procura – a concorrência passa a ser tratada como a panacéia para os males provenientes dos monopólios, regulando os mercados e propiciando bem-estar aos consumidores, independentemente de intervenção do Estado.

(...)

Com o passar do tempo, e durante todo o século XIX, consoante afirma Alberto Venâncio Filho:

Outro evento histórico importante na evolução da concorrência foi a Revolução Industrial, principalmente com o desenvolvimento do capitalismo financeiro (após 1860), eis que foi neste momento que surgiram as grandes sociedades anônimas, os grandes conglomerados de empresas (holdings), bem como os acordos para dividir mercados e limitar a concorrência (cartéis).

Antes das duas grandes guerras os países europeus seguiam as teorias desenvolvidas pela escola Clássica. Segundo esta corrente de pensamento, a economia de mercado se baseava em premissas como o *laissez-faire*, a mão-invisível e a crença no pleno emprego, características encontradas no liberalismo econômico. A maioria dos países adotava normas de proteção a indústria local, desta forma, muitos cartéis eram tolerados tendo como foco a proteção dos interesses nacionais.

Após a crise de 1929, o pensamento keynesiano que tolerava a intervenção estatal na economia como forma de incentivar o crescimento e manter o equilíbrio econômico do mercado, transformou o pensamento econômico da época, substituindo o modelo clássico.

Terminada a Segunda Guerra Mundial as instalações industriais da Europa estavam destruídas apresentando a necessidade de reestruturação. Assim, a política econômica implementada em países como França, Espanha, Itália e Alemanha, visavam à criação de obstáculos que tinham o intuito de proteger as indústrias domésticas. Alguns cartéis continuavam a ser tolerados, já que, o governo fomentava a cooperação entre as empresas locais no intuito de proteger e incentivar o crescimento da economia nacional.

A própria Alemanha foi o primeiro país do continente a possuir uma lei antitruste (1957), possivelmente por forte influência norte-americana; ainda assim, o governo alemão pôde rever decisões do órgão antitruste em razão de critérios fundados no interesse nacional; sob determinadas condições, o cartel poderia ser objeto de legitimação (o chamado "cartel de crise"). Além disso, nem todos os países adotam a concorrência como principal critério de decisão, a exemplo da França, onde a legislação antitruste pretende garantir o equilíbrio econômico e social. Além disso, em muitos países - tal como a Bélgica (1960), Espanha (1963), França (1977), Portugal (1983) e Itália (1990) -, a legislação antitruste é considerada um instituto relativamente novo (GHEVENTER, 2004, p.06).

Assim, na Alemanha, até o fim da primeira guerra mundial, a aglomeração empresarial era considerada lícita, principalmente devido a tradição nacional de instituição de monopólios estatais, desta forma, uma decisão do Reichsgericht, datada de 4 de fevereiro de 1897, decretou que os cartéis não violavam a liberdade de comércio e indústria. Somente no início da década de vinte, é que foi sancionada a Lei contra os abusos do poder econômico.

As leis antitrustes editadas nos europeus eram voltadas mais para a coibição dos abusos do poder econômico, como por exemplo, a prática de preços predatórios, do que para a constituição da concentração em si. Segundo Bulgarelli (1997, p.34), na Inglaterra as restrições às operações concentradoras;

(...) foram consideradas suficientes, sendo, inclusive, atenuadas pela jurisprudência, que considerou lícito entre as partes, o pacto comportando uma limitação razoável (reasonable) da concorrência, considerando-se assim, o que implicasse uma contra-prestação (upon consideration) e mesmo uma união monopolística atuando em limites razoáveis. Passou-se, portanto, a analisar as uniões, caso a caso, para puni-las ou não, mas admitindo em tese sua licitude.

Esta linha de pensamento foi adotada na consecução de legislações antitrustes de outros países europeus, como França e Itália;

Na França, a partir da revolução de 1789, proibia-se qualquer acordo de pessoas com a mesma atividade econômica, tendente a determinação do preço de prestações e de serviços, como nocivos ao interesse dos consumidores, com base no princípio de proteção ao interesse geral (Lei Le Chapelier, de 14-6-1791), cuja sanção era a nulidade do pacto e a aplicação de multa conjunta ou separadamente, com a suspensão do direito civil. Ilícita, não a união em si, pois fora reconhecido o direito de associação, mas sua possível influência sobre o mercado, princípio consagrado no Código Penal de 1810, no seu art. 419, como crime de monopólio (accapement) de mercadorias, com o fim de alterar os preços determinados pela concorrência natural e livre comércio. (BULGARELLI, 1997, p.38).

Na Itália, os questionamentos, acerca da ilicitude das uniões empresarias, foram esgotados através da Lei de 16 de junho de 1932, que tratava da regulamentação dos consórcios obrigatórios, referido dispositivo legalizou a constituição obrigatória de consórcios em alguns setores da atividade econômica, a fim de disciplinar a produção e a concorrência, ocasionando a validade dos consórcios voluntários.

Como demonstrado, os países europeus aos poucos promulgaram suas leis antitrustes, só que estas não possuíam a mesma abrangência em sua execução como as encontradas nos Estados Unidos. Assim, o caso europeu apresenta características diversas do caso americano, uma das mais importantes está no fato de o mercado europeu ser essencialmente oligopolístico.

Como corolário, a política adotada no continente europeu resultou na formação de uma legislação antitruste condicionada não apenas no aspecto da concentração de poder econômico nem na restrição da concorrência, mas também nos interesses voltados às condições de preservação das políticas sociais e econômicas.

Em 1958, foi assinado o tratado de Roma, acordo responsável pela criação da comunidade econômica européia. O referido tratado se tornou o pilar fundamental para a posterior criação da União Européia.

O tratado de Roma também foi importante para a política antitruste adotada na Europa, apesar de incentivar as fusões de empresa (art. 202), grande parte dos países europeus instituíram suas legislações antitrustes a partir dos artigos 85 e 86 do citado tratado, que combatem o abuso do poder de mercado.

O art. 85 veda todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados e que tenham como efeito ou objetivo cercear a concorrência no mercado. O artigo elenca casos que podem acarretar prejuízos a livre concorrência e que por conseguinte devem ser coibidos pela legislação. Em seu item terceiro o artigo 85 apresenta os casos em que as ações concentradoras podem vir a serem toleradas pelo Estado, como às que visam promover o progresso técnico ou econômico.

Já o artigo 86 do Tratado de Roma versa sobre o abuso do poder econômico, determina ser incompatível com o mercado comum e conseqüentemente proibido o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva posição dominante no mercado comum.

Estas são as diretrizes utilizadas pela maioria dos países europeus na consecução de suas legislações antitruste. Como mencionado anteriormente, apesar das normas estabelecerem regras para as operações empresariais visando à defesa da concorrência e a restrições às concentrações do poder de mercado, o nº 3 do artigo 85 do tratado de Roma elenca algumas exceções que permitem a realização de referidas operações. Já em 1990 os atos de fusão passaram a ser regulamentados pelo Regulamento Europeu de Controle de Fusões. Abaixo, pode-se observar um quadro comparativo entre as premissas observadas no desenvolvimento da política antitruste europeia e americana;

Instituições e Política Antitruste: Europa e EUA

| | Estados Unidos | Europa |
|---|---|--|
| Valores Culturais e Históricos | Competição e liberdade econômica | Cooperação e protecionismo estatal |
| Ambiente Institucional | Pluralismo e pouco domínio do Executivo sobre o processo de formação das leis | Corporativismo e maior possibilidade de o Executivo exprimir suas preferências no processo legislativo |
| Articulação | Estado e grupos sociais diversos (formais e informais) | Estado e grupos sociais organizados (capital e trabalho) |
| Objetivos da Política Antitruste | Concorrência como um fim | Concorrência como instrumento |

Fonte: Gheventer, 2004, p.07

1.2 A evolução da política antitruste no Brasil

A legislação antitruste na América Latina apresenta um histórico bem mais recente se comparado aos casos americano e europeu. Devido à política econômica implementada na América Latina, tendo o Estado um papel de fomentador da economia, foram instituídos vários monopólios estatais que tinham como objetivo a aceleração do crescimento econômico. Segundo Gheventer (2004, p.07):

Na América Latina prevaleceu o chamado modelo de substituição de importações, que, necessariamente, foi acompanhado pela atuação do Estado como produtor e pela significativa participação das multinacionais. A região apresenta certos paralelos com a Alemanha e o Japão, casos clássicos de desenvolvimento tardio, que tiveram de estimular a monopolização e a cartelização para a obtenção de excedentes econômicos que pudessem diminuir os *gaps* entre estes países e os que já se haviam desenvolvido, como, por exemplo, a Inglaterra e os EUA.

Apesar de ter as bases de sua legislação antitruste espelhada no direito americano, são visíveis algumas semelhanças com as leis européias, pois, como consequência do sistema econômico adotado na América Latina, os monopólios, em muitos casos, além de serem legalizados, eram também incentivados.

No entanto deve-se deixar claro o fato de que na Europa, os cartéis e monopólios protegidos normalmente são resultados de operações empresariais de iniciativa privada, já na América Latina os monopólios provinham do setor público.

Na maior parte dos países latino-americanos, o desenvolvimento de uma legislação antitruste eficaz permaneceu inerte até meados da década de 80 e início da década de 90.

O desenvolvimento do direito concorrencial brasileiro ocorreu diante de grande influência das legislações americana e alemã.

1.2.1 Desenvolvimento histórico da política antitruste no Brasil

As primeiras Constituições brasileiras, respectivamente as de 1824 e 1891, se distinguiam pelo seu caráter liberal, de forma que, o princípio da livre iniciativa era aplicado sem nenhuma restrição, como podemos observar nos artigos 179 e 72 dos referidos dispositivos legais. O inciso XXII, do art. 179, da Constituição de 1824, garante o direito de propriedade em toda sua plenitude, no mesmo sentido o § 17 do art. 72, da Constituição de 1891, afirma que o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude. Conforme Marins,

No período do Brasil Império, com a Constituição de 1824 se adotava um princípio plenamente liberalista exaltando o pleno direito de propriedade, sob a ótica na qual o mercado com a atuação natural entre os seus participantes, livre de qualquer interferência ou intervenção estatal, seria o modelo ideal cujo equilíbrio seria inerente à esta liberdade. Tal crença, inclusive quanto à livre iniciativa aplicada sem restrições ao mercado, se manteve com a Constituição de 1891. (2003, p.5)

A legislação americana influenciou em toda a base de formação do direito antitruste brasileiro, notadamente, no decreto-lei nº869/38 e na Lei nº4137/62. No entanto existem algumas diferenciações, por exemplo, como ocorre na legislação europeia, no Brasil, em determinados casos, a legislação permite a legitimação de acordos que culminam com a restrição da concorrência, desde que preencham as condições elencadas na legislação pertinente.

As Constituições de 1934 e 1937 marcaram o início da tutela estatal relativa à proteção da economia popular. A Constituição de 1934, em seu art. 117, visava proteger e fomentar a economia popular. Segundo este dispositivo a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País. Já em seu parágrafo único, proíbe a usura, que será punida na forma da Lei.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1937, em seu art. 141, os crimes contra o referido instituto passaram a ser punidos de forma mais severa. Este artigo afirma que a lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os

crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Referidas Constituições seguiram uma tendência ideológica mundial, advinda com o fim da primeira guerra, em que o Estado deveria ter uma maior participação na regulação econômica, desta feita, as Constituições de 1934 e 1937 garantiam a liberdade econômica de agir no mercado, no entanto, estabelecia que o Estado era o responsável pela regulação econômica do mercado. (MARINS, 2003, p.6)

Já no mencionado art.141 da Constituição de 1937, ao lado do fomento, estão previstas “garantias especiais” à economia popular. Mediante a instituição de “penas graves” para os delitos que a lei ordinária tipificasse como “crime contra a economia popular”, a Carta outorgada de 37 avançava em severidade. Os crimes contra a economia popular foram equiparados a crimes contra o Estado e o dispositivo constitucional tornou-se, logo a seguir, objeto de regulamentação pelo Decreto-lei nº869, de 18 de novembro de 1938. (VAZ, 1993, p. 245).

As normas constitucionais mencionadas representaram um avanço na legislação antitruste nacional, já que pela primeira vez foram acostados, no texto constitucional, dispositivos legais de regulamentação econômica, no entanto, citados dispositivos careciam de eficácia plena, ou seja, não possuíam aplicabilidade imediata, ambos dependiam de regulamentação posterior, desta forma, por se tratarem de normas de eficácia limitada necessitavam de legislação ordinária que a regulamente.

Assim, o início da Legislação antitruste brasileira data de 1938, com a entrada em vigor do decreto-lei nº869, em 18 de novembro de 1938, considerado a primeira lei antitruste. O referido dispositivo legal veio a regulamentar o art. 141 da Constituição de 1937, nele foram tipificados crimes contra a economia popular, bem como, as punições para os mesmos.

Segundo Nelson Hungria citado por Shieber (1966), o decreto-lei nº869 definia como crime contra a economia popular toda ação que resultasse em dano ao patrimônio de um número indefinido de pessoas, sendo as entidades criminais classificadas em monopólios, artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular e usura.

Desde as primeiras iniciativas do governo, representadas por decretos-lei do Estado-Novo, o abuso do poder econômico foi sempre associado ao aumento de preços (a carestia, conforme era popularmente conhecida à época o

fenômeno da inflação). Esses decretos, bem ao espírito da época, previam penas de prisão, sem direito à liberdade condicional e julgamento pelo tribunal de Segurança Nacional para acordos e fusões que impedissem ou dificultassem a concorrência. O Decreto de 1942, que substituiu o anterior, foi revogado logo após a destituição do presidente Getúlio Vargas, por contrastar com o ambiente de liberdades políticas e econômicas que caracterizou o fim do Estado Novo. (SALGADO, 2004, p. 362)

Apesar de a citada peça jurídica ser considerada o início de legislação antitruste brasileira, existiam algumas normas esparsas emanadas anteriormente a ela, como exemplo um alvará emanado em 05 de novembro de 1808, pelo príncipe regente. O referido alvará regulamentava a venda e taxas referentes aos medicamentos e drogas comercializados na colônia. De acordo com Considera (2002, p.12);

O Alvará, passados 200 anos, contém tudo que contém a Medida Provisória de dezembro de 2000, posteriormente Lei 10.213, de 27 de março de 2001. Estabelece o tabelamento de preços, o reajuste anual, a exigência da exibição da tabela, os procedimentos de fiscalização, as penalidades e as exigências usuais da defesa do consumidor de atender aos pedidos dos consumidores para que exibam os regimentos com a taxa dos medicamentos.

O decreto-lei nº869 não foi eficaz no combate aos trustes, mas obteve êxito na regulamentação de preços e na extinção de fraudes nas vendas de mercadorias.

Esta não aplicabilidade do decreto-lei nº869 deveu-se principalmente pela falta de um órgão regulador específico, destarte, proporcionou um período de inércia na formulação do direito antitruste brasileiro, ocorrendo uma retomada apenas em 22 de junho de 1945 com a elaboração do decreto-lei nº7. 666.

O aludido decreto teve uma curta vigência, apenas três meses em consequência da queda de Getúlio Vargas e a revogação realizada pelo presidente posterior, no entanto, foi de grande importância para o direito antitruste nacional. Através dele foi criado o CADE, na época Comissão Administrativa de Defesa Econômica, responsável pela administração da lei, que veio a substituir a CDE, Comissão de Defesa Econômica, criada em 1942. O decreto nº7.666 também enumerou várias formas de abuso do poder econômico. (VAZ, 1993)

No ano seguinte, o jurista Agamemnon Magalhães, então Deputado Federal e relator da sétima subcomissão responsável pela elaboração da Constituição de 1946, esforçou-se no sentido de incluir uma norma de proteção à concorrência no texto constitucional. Referido texto foi disposto no art. 148 da Constituição de 1946, segundo o qual, 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.

Agamenom Magalhães também foi responsável pelo projeto de lei 122-1948, que mais tarde veio a constituir base da Lei nº4137, de 10 de setembro de 1962, consagrada como a Lei Antitruste Brasileira. (VAZ, 1993)

Em 1946, foi promulgada a Constituição Federal de 1946, e muito embora estivesse consagrado o princípio da livre iniciativa no artigo 146, logo adiante no artigo 148 passa a dispor que a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamento de empresas individuais ou sociais, que tenham por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando arbitrariamente os lucros. E sob a égide desta Carta Constitucional, de forma a regulamentar o artigo 148, é que se editou a Lei 4.137/62, que conceitua as formas de abuso, ressuscita o CADE, trata de seu processo administrativo, o processo judicial, e ainda estabelece a possibilidade de intervenção judicial na empresa, com fulcro no artigo 146, CF/42.(MARINS, 2003, p.6)

Porém, antes da instituição da Lei nº4137/62, dois outros dispositivos legais formulados com o intuito de proteção a economia popular, foram instituídos. São eles: as Leis nº1521 e 1522, ambas de 1951.

A Lei nº1521/51 estabeleceu as formas de punição para os ciúmes e as contravenções penais contra a economia popular e regulou o seu julgamento, determinando a observância das normas processuais penais em caráter subsidiário.

(...)

Além desta Lei, cujos principais aspectos estão sucintamente lembrados, fora editada, na mesma data, a Lei nº 1.522, de 26.12.51, autorizando o governo federal a intervir no domínio econômico, nos termos do art.146 da Constituição de 1946 e de acordo com as formas previstas. Estas modalidades de intervenção do governo federal consistiam em “compra, distribuição e venda” de produtos, na “fixação de preços e no controle de abastecimento” e na “desapropriação de bens por interesse social, ou na requisição de serviços” considerados necessários à realização dos objetivos previstos na lei.

É de responsabilidade, também da Lei nº1522/51, a instituição da COFAP, Comissão Federal de Abastecimentos e Preços. Estes institutos formaram a base da legislação antitruste brasileira até a entrada em vigor da Lei nº4137/62.

De acordo com o inciso I do art. 2º da denominada Lei Antitruste Brasileira, era considerado abuso do poder econômico eliminar de forma parcial ou total a concorrência e dominar os mercados nacionais. As alíneas do citado artigo tipificam as operações que podem vir a culminar nos fins proibidos no inciso I. *in verbis*;

Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

- a) ajuste ou acôrdo entre emprêsas, ou entre pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de suas atividades;
- b) aquisição de acervos de emprêsas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de emprêsas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais emprêsas ou de uma ou mais pessoas físicas;
- e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma emprêsa;
- f) cessação parcial ou total das atividades de emprêsa promovida por ato próprio ou de terceiros;
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de emprêsa.

A Lei nº4137/62, continha 85 artigos, dispondo sobre a criação, organização e competência do CADE, que passou a ser denominado, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e da procuradoria criada para funcionar junto ao órgão, bem como, tratava dos trâmites dos processos administrativos e judiciais e da forma de fiscalização das ações anticompetitivas.

Após o golpe de 1964, no período de vigência das Constituições de 1967 e 1969, a Lei 4137/62 continuou vigorando, desta feita, apenas com algumas alterações. Sendo que a repressão ao abuso do poder econômico passou a ter natureza de princípio da ordem econômica e social. (VAZ, 1993).

Apesar do controle de preços, a inflação foi um fato comum ao longo da industrialização brasileira: durante o seu primeiro período (1939-50) o custo de vida cresceu cerca de 10% em média ao ano; durante o segundo período (1950-61) essa taxa acelerou para 20% de média anual. Seguindo-se a desaceleração e a crise política iniciada em 1961, a inflação iniciou uma trajetória explosiva e os preços cresceram 52% ao ano, em média, durante o período 1961-64, alcançando em 1964 a taxa de 87%. (CONSIDERA, 2002, p.13).

A despeito da Lei nº4.137/62 se manter em vigência, a mesma não apresentou eficácia no combate a concentração, não devido ao seu conteúdo, mas as políticas econômicas adotadas no período.

Na década de 70 o Governo elaborou os planos nacionais de desenvolvimento, PND I e PND II, estes tinham como objetivo primordial elevar o Brasil a condição de país desenvolvido e colocá-lo entre as potências econômicas mundiais.

Com o intuito de galgar os objetivos definidos nos planos, o Governo adotou políticas voltadas para a substituição das importações e fortalecimento das empresas nacionais. Assim, a prioridade na política econômica do governo vigente a época não era com a regulação da concorrência, ao contrário, o Governo praticava medidas que fomentavam as concentrações empresariais. Segundo Marins, (2003, p. 4);

O PND I criou um modelo econômico de mercado, instrumentalizado pela Lei 5.727/71, que estabeleceu diretrizes e programas de desenvolvimento da economia nacional, seja em seu aspecto interno e regional, quanto no aspecto externo, onde se verifica expressamente no decorrer de todo o seu texto, em especial no inciso III do Capítulo II da parte I, referência expressa ao incentivo à vitalidade do setor privado, inclusive por meio de fusões. Prevê ainda a criação do Programa de Grandes Empreendimentos Nacionais, como forma de criar a grande empresa nacional e levá-la a empreendimentos de grande dimensão. Já o PND II, editado pela Lei 6.151/74, renovou a índole programática do primeiro plano de 1971, ratificando a política implementada de incentivo à concentração de empresas, teve escopo em objetivos delimitados pelo próprio PND II, que expressamente estabelece: uma política de fusão de empresas nacionais – e o que se tem estimulado é exatamente isso, para adquirir escala econômica significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do país e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias e eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, ao invés de enfraquecê-la. Com isto foram editadas normas que buscavam incentivar as fusões e incorporações, por meio de isenções tributárias relativamente a diversos fatos e atos jurídicos como por exemplo, relativamente ao acréscimo do valor resultante da reavaliação de bens do ativo imobilizado, que repercutiam diretamente às fusões e incorporações na medida em que se aplicavam aos casos de transferência do controle do capital de sociedades (art. 1º, §1º do Dec. Lei 1.182/71). Cita-se como exemplos normativos que vieram a implementar o programa de desenvolvimento: Decretos Lei 1182/71, 1186/71, 1253/72, 1300/73, 1346/74, 1391/75, dentre outras normas.

Neste período o governo se utilizou de alguns mecanismos para incentivar a concentração, pelo Decreto-lei nº 1.182/71 concedia incentivos fiscais do imposto de renda à fusão e incorporação. Já através de fundo específico no BNDE, financiava fusões de empresas.

A posição do Estado brasileiro foi então de amplo apoio à concentração, notadamente no seu aspecto de fusão e incorporação e se manifestou de um lado, deixando ampla liberdade para a formação dos vários tipos de ajustes, convênios, consórcios etc., desde que não tivessem por fim o domínio do mercado e a eliminação da concorrência para a obtenção de lucros anormais, pela fixação artificial de preços. Por outro, estimulou de maneira direta ou indireta, no primeiro caso exigindo certo vulto de capital para determinados tipos de empresas como as de seguro, bancos, e mais recentemente as tradings. Também incentivou diretamente através da concessão de uma série de vantagens fiscais e linhas de financiamento. De tal arte que, como se verá, o número de fusões e incorporações cresceu bastante nesses anos, ocorrendo o mesmo com a própria dimensão das empresas que, sob a forma de sociedade anônima, constituem, a bem dizer, o primeiro aspecto da concentração econômica. (BULGARELLI, 1997, p.110).

Diante do cenário apresentado pela política econômica brasileira à época, da sua criação até o início da década de 90, o CADE investigou apenas 337 atos, instaurando 117 processos, o que resultou somente em 16 condenações, e que ainda foram submetidas e revistas pelo judiciário. Segundo Salgado (2004, p.362), o CADE foi ineficaz nesta sua primeira fase de atuação devido;

A incompatibilidade entre a atuação de um Estado interventor e anterior à organização do mercado e o ideário da defesa da concorrência, que supõe o zelo por parte do poder público por fazer valerem regras próprias de economias de mercado já estabelecidas. Enquanto por décadas os sucessivos governos, em especial durante o regime militar, comandaram a economia estimulando a concentração econômica e acordos entre concorrentes, sobretudo por meio dos mecanismos de controle de preços, que supunha reajustes por setores, inviabilizando a lógica da concorrência, não havia mesmo espaço para uma atuação mais firme de um órgão como o CADE.

1.3. A política antitruste no Brasil pós-constituição de 1988

A Constituição de 1988 traz a defesa da livre concorrência como um princípio geral da atividade econômica, conforme estabelece o inciso IV, do art. 170 da referida Constituição, bem como, traz no § 4º do art. 173, norma que atenta para a repressão do abuso do poder econômico, conforme este dispositivo, a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Mesmo com a instituição da nova Constituição, poucas alterações foram observadas no tocante a defesa da concorrência, ainda vigorando em grande parte as disposições estabelecidas pela Lei nº4137/62.

Ocorre que o Brasil ainda era uma nação fechada ao mercado mundial. Os produtos oferecidos no cenário nacional apresentavam preços elevados, baixa qualidade e pouca diversificação:

Este ambiente começa a mudar a partir de 1989 com a abertura comercial, a partir da adequação das tarifas e normas do comércio internacional brasileiro às novas regras da Organização Mundial do Comércio. O processo de privatização iniciado em 1992 e a liberação dos preços culminam com o novo ordenamento econômico do Plano Real. Com a eliminação progressiva de subsídios e vantagens anticompetitivas a produtores domésticos e a

introdução das concepções de equilíbrio fiscal e monetário foi possível garantir a manutenção da estabilidade econômica implantada a partir de 1994. Uma economia de livre mercado supõe que cada produtor procure maximizar seu lucro, dada certa tecnologia, tanto quanto um indivíduo busca maximizar seu bem estar, sujeito à sua limitação orçamentária. Se houver concorrência, este encontro de interesses levará a uma alocação *ótima* dos recursos produtivos do país, produzindo quantidades e qualidades de produtos de acordo com a capacidade do país, tanto quanto levará ao maior bem estar do seu povo. (CONSIDERA, 2002, p.04).

Estas características resultavam das políticas econômicas estabelecidas no país, que possuía uma inflação elevada de caráter estrutural. O governo utilizava como política de manutenção do nível de preços, o controle de preços, a economia era altamente protecionista instituindo altas taxas a importação, os setores industriais e de serviços eram altamente concentrados, inclusive sendo alguns setores decretados por lei como monopólios estatais. Estas características da economia nacional tinham como consequência um cerceamento do instituto da livre concorrência.

O cenário começou a mudar a partir do ano de 1989, quando as políticas de abertura econômica começaram a ser implementadas. À medida que as políticas econômicas adotadas no país sofriam mudanças consideráveis, tornava-se necessário um acompanhamento da legislação de proteção da concorrência.

Na atualidade, os mercados comuns multinacionais e o sedimentado mercado globalizado elevaram a importância econômica, jurídica e social de operações de fusão e incorporação de empresas, sendo inegável o crescimento, na mesma proporção, do interesse quanto às implicações destes atos no âmbito concorrencial. (Marins, 2003, p. 5).

Em 1990, através da medida provisória 204, foi criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, vinculada ao Ministério da Justiça, posteriormente convertida na Lei nº8.158 de 08.01.91, que definia a competência da SNDE, elencava as ações que constituíam infrações a ordem econômica, enfim, instituía normas para defesa da concorrência:

Pelo conteúdo da Lei nº 8.158, de 8.1.1991, notório ficou o objetivo do legislador em criar um órgão vinculado do Ministério da Justiça para atuar preventivamente no combate às práticas lesivas ao mercado, propiciando um procedimento menos burocrático e com maior eficácia, e que adequasse a *Política Nacional de Defesa Econômica* à nova realidade do mercado brasileiro. Por sinal, é a própria Secretaria que esclarecer o fato de a eficácia dos procedimentos ser primordial em face da abertura do mercado brasileiro e da liberalização da economia. (SILVA, 2002, p.04).

A reestruturação estabelecida pelas novas leis efetuou uma considerável minimização da competência do CADE, inclusive, o art. 103 do Decreto 99.244/90 não

incluiu o CADE dentre os órgãos componentes da estrutura da SNDE, formada, segundo referido Decreto, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Departamento Nacional de Registro do Comércio e Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica. A transferência de competência entre CADE e SNDE, não resultou no efeito esperado.

Infere-se, destas breves observações, que diminuiu consideravelmente a importância do CADE no regime brasileiro antitruste. As modificações introduzidas, entretanto, não foram consideradas suficientes para erradicar os inconvenientes, as deficiências estruturais dos novos órgãos e, menos de um ano após a entrada em vigor da Lei nº8.158/91, o DNPE anunciou a elaboração de uma nova Lei antitruste. (VAZ, p.303, 1993).

Apesar da instituição da nova Lei, a atuação dos órgãos de defesa da concorrência ainda continuava bastante restringida, o que ocasionou uma pressão por melhorias no sistema;

(...) levou o presidente Itamar, já em sua gestão e inconformado com os sucessivos reajustes de preços e medicamentos, a determinar o aperfeiçoamento da legislação antitruste, que entendia leniente para coibir os aumentos abusivos de preços. Os estudos foram coordenados pelo Ministério da Fazenda, comandado pelo então ministro Fernando Henrique Cardoso. Em paralelo – tratava-se do ano de 1993 – corriam os estudos para a implantação do plano que sepultou décadas de inflação crônica e acelerada

Com a instituição da Lei nº8.884 de 11.06.1994, o CADE foi transformado em uma autarquia federal e tornou-se vinculado ao Ministério da Justiça. A nova Lei proporcionou um considerável aumento do poder de decisão do referido órgão e conferiu a SNDE uma nova designação oficial, passando a ser denominada de Secretaria de Direito Econômico – SDE, que foi responsável, também, por estabelecer uma melhor definição das competências atribuídas ao CADE e a SDE.

A Lei nº8.884/94 passou a vigorar como a nova Legislação Brasileira de Proteção a Concorrência, sendo sua finalidade definida em seu Art. 1º.

O último órgão responsável pela defesa da concorrência é a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda. A SEAE, foi instituída pela Medida Provisória nº813 de 01.01.1995, posteriormente transformada na Lei nº8.950 de 26.10.1999. A SEAE tem como função a regulação da economia, o acompanhamento do mercado e a proteção da concorrência.

Em 2000, foi instituída a Lei nº10.149, referida norma legal propiciou um considerável aumento do poder de investigação concedido a SDE e a SEAE.

Os três órgãos expostos, CADE, SDE e SEAE formam o Sistema Brasileiro de Proteção a Concorrência – SBDC. Segundo Silva (2002, p.05);

O órgão responsável pelo julgamento dos atos de concentração e dos processos administrativos que investigam a prática de conduta lesiva à concorrência é o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), ligado ao Ministério da Justiça. O CADE é auxiliado por dois outros órgãos, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), também do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, que têm papel de emitir, respectivamente, os pareceres jurídicos e econômicos, sobre o caso em análise. O CADE, entretanto, não tem a obrigação de decidir exclusivamente com base naqueles pareceres.

O SBDC exerce função preventiva, repressiva e educacional. Todos os três entes federais responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil possuem suas competências claramente definidas em Lei.

A SDE, vinculada ao Ministério da Justiça, é um órgão com função investigativa e analítica, responsável também pela instauração do processo. As atribuições da SDE estão normatizadas no art. 14 da Lei nº 8.884/94:

A SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, assim como a SDE, é responsável pela instauração do processo, possuindo, também, função investigativa e analítica. Compete a SEAE a regulação da economia e o acompanhamento do mercado; é a SEAE quem emite ao CADE o parecer econômico dos casos analisados.

Por fim, o CADE é uma autarquia federal ligada ao Ministério da Justiça, órgão responsável pelo julgamento dos atos de concentração e processos administrativos investigatórios. A competência do CADE está definida no art. 7 da Lei 8.884/94, *in verbis*:

As novas regras de proteção da concorrência adotadas no Brasil se adéquam a nova realidade da política econômica mundial e caracterizam-se por serem normas modernas, que permitem ao mercado uma auto-regulação de preços, estabelecendo uma interferência preventiva dos órgãos responsáveis apenas em situações que possam vir a provocar danos ao sistema concorrencial.

2. A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E OS INSTITUTOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Até o momento o presente trabalho realizou um esboço histórico da evolução das legislações antitrustes, tanto no Brasil como no mundo, procurando demonstrar os aspectos político e econômicos delinear esta evolução.

Este capítulo é destinado a apresentar uma análise acerca da concentração empresarial, discorrendo sobre as operações que podem acarretar em concentração de mercado, bem como, sobre o grau de concentração da economia e o conseqüente poder econômico que as empresas alcançam em mercados concentrados.

O capítulo também é designado a realizar um estudo sobre os princípios norteadores da ordem econômica e financeira, consagrados pela nossa carta magna.

2.1 As Operações societárias e a Concentração Empresarial

A concentração de empresas é um acontecimento que reflete na conjuntura da sociedade, seus efeitos incutem grande repercussão nos domínios das ciências jurídica e econômica.

A concentração de empresas é um evento que empiricamente atinge as mais diversas variantes, e cuja importância se revela no âmbito tanto das ciências econômicas, quanto no das ciências jurídicas.

(...)

Não seria demais advertir, ainda, que o fenômeno do ponto de vista econômico é muito mais amplo do que sob o aspecto jurídico, de vez que se afunila, em face da regulamentação jurídica na qual deve enquadrar-se. (MARINS, 2003, p.3).

O direito comercial e o direito antitruste mencionam diversas formas de concentração empresarial, diante disto, faz-se necessário um exame acerca destas operações, a fim de proporcionar uma análise mais satisfatória do estudo em questão.

2.1.1. Operações societárias

As operações societárias podem ser definidas como intervenções na estrutura ou no tipo da sociedade empresária. A legislação pátria define quatro tipos de operações societárias, são elas: a transformação, a incorporação, a fusão e a cisão.

Nos casos em que envolvem sociedades anônimas, estas operações são disciplinadas pelos arts. 220 à 234 da Lei nº6.404 de 15 de dezembro de 1976, lei das sociedades anônimas, já quando as operações abrangerem outro tipo de empresa, serão aplicadas as normas dispostas nos arts. 1.113 á 1.122 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, novo código civil, exceto nos casos de cisão empresarial, que reger-se-á pela LSA, uma vez que referida operação não é apreciada pelo Código Civil.

O instituto da transformação esta previsto nos arts. 220 à 222 da Lei das S.A., e podem ser definido como:

A operação pela qual a sociedade passa, independente de dissolução e liquidação, de um tipo a outro. O conceito legal deixa bem claro que a personalidade jurídica continua imutável, não surgindo nova sociedade. É a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes. Os livros comerciais não se encerram e neles deve apenas ser lançado um termo de averbação da nova feição jurídica adotada pela sociedade. É claro que com a transformação haverá necessidade de modificar o nome comercial, adaptando-o às exigências do novo tipo social. Por isso a Lei adverte que a transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser assumido. (REQUIÃO, 2003, p.258).

A cisão é a divisão de uma empresa que transfere parcela de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, sendo extinta a empresa cindida, conforme norma disposta no art.229 da Lei 6404/76.

As operações de incorporação e fusão demandam uma análise mais apurada devido à maior importância que possuem para o estudo em questão, uma vez que, são a forma mais corriqueira de concentração empresarial, segundo Marins (2003, p.3):

Sem prejuízo, portanto, de outras figuras concentracionistas, como por exemplo as joint ventures, consórcios, grupos, coligadas, subsidiária, controladora e controlada, holdings, conhecidas como ligações societárias, a concentração de empresas se exterioriza, classicamente, por meio da fusão e incorporação de sociedades, que estritamente são conhecidas, junto com a cisão e a transformação, como operações societárias. São todas, na realidade,

alternativas encontradas para fortalecer a atividade empresarial no panorama mercadológico, seja circunstancialmente com objetivos específicos, delimitados no tempo e que se esgotam em si mesmos, ou com propósito com indeterminação de prazo, ou irreversíveis.

A fusão empresarial é caracterizada pela união de duas ou mais empresas em uma só entidade, portanto, é um negócio jurídico plurilateral possuindo como finalidade jurídica a integração dos patrimônios societários em uma nova sociedade, a fusão está normatizada no art. 228 da Lei 6.404/76 e art.1.119 do código civil.

A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, para formar sociedade nova que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Se na incorporação a sociedade incorporada se extingue, por ser absorvida pela outra, que permanece, na fusão, as duas ou mais sociedades, todas elas objeto da operação, se extinguem. A fusão é, com efeito, conforme o art. 219, II, causa da extinção das sociedades envolvidas. O Código Civil, no art. 1.119, conceitua a fusão, não diferindo do sistema do anonimato. (REQUIÃO, 2003, p.258).

Na fusão as duas sociedades deixam de existir, surgindo uma nova sociedade que terá que seguir as formalidades de constituição exigidas ao tipo de sociedade que será formado, segundo Bulgarelli;

O processo de fusão é também bastante simplificado: aprovado o protocolo, pelas assembleias gerais das sociedades participantes ou pelos seus sócios, serão nomeados os peritos para avaliação patrimônios líquidos respectivos. Apresentados os laudos, será convocada assembleia geral, ou reunião, para tomar conhecimento resolver sobre a constituição definitiva da nova sociedade, sendo proibido aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte. Constituída a nova sociedade, incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação dos atos de fusão. (2000, p.219).

A Lei das S.A. (6.404/76) trouxe a exigência de dois novos institutos para consecução da fusão ou incorporação, são eles: o protocolo e a justificação. O protocolo vem disciplinado no art.224 da citada Lei, e trata-se de documento firmado entre os órgãos da administração ou sócios das sociedades interessadas, contendo os motivos, fins e condições da fusão ou cisão, as datas das contas das sociedades utilizadas para estabelecer as condições da operação, a designação e avaliação do ativo e do passivo, a relação de troca dos direitos sociais e o montante previsto do ágio da fusão ou cisão, devendo ser submetido à apreciação da assembleia geral extraordinária.

Por sua vez a justificação é prevista no art. 225 da mencionada Lei, e deverá conter os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização, as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista, a composição, após a operação, segundo espécies e classes das

ações do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir e o valor de reembolso das ações em substituição às que se deverão extinguir, assim, como o protocolo é necessária a apresentação em assembléia geral.

A incorporação tem previsão legal art.227 da Lei 6.404/76 e no art. 1.116 do código civil, e assim como a fusão, constitui um negócio plurilateral, mas com a finalidade de integrar patrimônios societários através da agregação do patrimônio de uma sociedade por outra, com a extinção de uma delas, ocorrendo quando uma determinada empresa vem a adquirir outra, sucedendo a esta em todos os seus direitos e obrigações.

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os seus direitos e obrigações. Como se vê, na incorporação não surge nova sociedade, pois uma, a incorporadora, absorve outra ou outras sociedades, que se extinguem. Essa extinção, no caso, é inexorável, pois assim determina a lei. O art. 219, II, com efeito, declara extinta a companhia pela incorporação, no que acompanhado pelo Código Civil, art.1.118. (REQUIÃO, 2003, p.256).

Diferente do que ocorre na fusão, na incorporação apenas uma, e não as duas, sociedades é extinta, sendo que a incorporadora sucede em todos os direitos e obrigações a incorporada. O procedimento de realização da incorporação também é bem simples; apresentado, à assembléia geral da incorporadora, o protocolo e a justificação, a assembléia deve aprová-los e posteriormente determinar a realização da avaliação do patrimônio da incorporada, deve também, nomear os peritos e autorizar o aumento de capital a ser subscrito e integralizado pela incorporadora. (BULGARELLI, 2000).

Como mencionado no capítulo anterior, às fusões e incorporações não eram só legitimadas, como eram estimuladas através da política econômica adotada pelo Governo, o fomento a estas operações teve início com a implantação do I PND, mais precisamente com a entrada em vigor do Decreto-lei nº1.181, de 16 de janeiro de 1971.

Independente de a concentração ser realizada por meio de fusão ou incorporação, ela se efetivará por dois modos, por meio de uma concentração vertical ou por meio de uma concentração horizontal, o que estará sujeito aos objetivos delineados pela empresa, sendo que ambos podem acarretar em transgressões às normas jurídicas de defesa da concorrência.

A integração vertical ocorre quando a operação societária é realizada entre empresas que se encontram em diferentes níveis da mesma cadeia produtiva, a concentração depende do planejamento estratégico da empresa, podendo apresentar vários objetivos, tais como: logística, controlar a aquisição dos insumos, dentre outros.

Quando há, portanto, a fusão ou incorporação (ou ainda qualquer outra forma de concentração) entre agentes econômicos que atuam em diferentes níveis na cadeia produtiva de um mesmo segmento, dizemos que há a integração vertical, ou verticalização. Dependendo da posição da sociedade incorporadora na cadeia produtiva, a verticalização pode ser descendente (exemplo acima), ou ascendente (quando a origem da operação se dá rumo a um estágio mais avançado da cadeia produtiva). (MARINS, 2003, p.15).

Operações como esta apesar de originarem benefícios para a empresa, bem como, para os consumidores, uma vez que a redução dos custos possibilita uma diminuição no preço final do produto, podem ocasionar malefícios para o mercado, desde que a operação se traduza em uma ação que, intencionalmente ou não, dificulte ou impeça o acesso dos concorrentes à matéria-prima.

Já a integração horizontal se caracteriza por ser uma forma mais habitual de concentração empresarial, neste tipo de operação uma empresa adquire outra da mesma cadeia produtiva.

Já a integração horizontal, é a forma mais tradicional de eliminação da concorrência, eis que se trata de operação entre duas sociedades do mesmo nível da cadeia produtiva, ou seja, concorrentes diretos.

O empresário que tem suas atividades em franca expansão, ao decidir pela ampliação de sua produção, em regra tem dois caminhos a seguir: ou amplia suas instalações físicas, ou com a construção de novas unidades; ou então, se utiliza de uma estrutura já montada, pronta à imediata produção, podendo operacionalizar esta opção pela fusão ou incorporação de outra sociedade empresária. (MARINS, 2003, p.16).

A legislação também prevê outros casos em que operações empresariais podem acarretar concentrações, como os casos das sociedades coligadas, controladoras e controladas, dos grupos de sociedades e do consórcio. Estas operações se diferem das estudadas acima, pelo fato de que na sua realização, as empresas participantes não têm sua feição jurídica modificada.

As sociedades coligadas, controladoras e controladas são agrupamentos societários que estão conjeturadas no capítulo XX, da Lei 6.404/76, as sociedades coligadas estão definidas no §1º, do art. 243, “são coligadas as sociedades quando uma

participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.”.

Segundo Requião;

A falta de controle, como se vê, é que caracteriza a “coligação de sociedades”, permanecendo elas num mesmo plano horizontal, sem uma subordinar à outra os seus interesses. Vemos que a noção se vale do relacionamento apenas entre sociedades, não cogitando, nessa caracterização, do empresário individual. (2003, p.272).

Já as sociedades controladas e controladoras vêm definidas no §2º do art.243, considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Assim, a sociedade controladora se caracteriza por ser detentora de direitos de sócio, o que assegura à empresa controladora a preponderância nas deliberações sociais, a palavra preponderância foi utilizada pelo legislador pelo fato de que o controle pode ocorrer entre tipos diferentes de sociedade, como a sociedade limitada, onde não se pode falar em maioria de votos.

As sociedades coligadas, controladoras e controladas, podem ser dimensionadas como grupos de fato, enquanto que os grupos de sociedades se caracterizam por serem grupos de direito, uma vez que, se tratam de grupos de empresas com uma organização definida.

Na hipótese de subordinação isolada, que vimos nos grupos de fato, de uma sociedade vinculada a outra, os administradores respondem perante a companhia por perdas e danos resultantes de favorecimento de uma sociedade em detrimento da outra, devendo zelar para que as relações entre elas sejam “estritamente comutativas” (art.245). Nessa figura de relacionamento intersocietário, constituem uma forma restrita, sumária e elementar de inter-relacionamento. Já no grupo de sociedade, que compreendemos como “grupo de direito”, existe uma definida organização através de uma “convenção de grupo” perfeita e juridicamente definida, reduzida a escrito formalizado no Registro Público de Empresas Mercantis. Nesse grupo de sociedades, uma delas pode trabalhar para as outras, combinando recursos e esforços para consecução dos respectivos objetos. É ainda, a “Exposição de Motivos” que explica ser o grupo formado por “sociedades associadas a caminho da integração, que se opera mediante incorporação ou fusão; mas, até lá, as sociedades grupadas conservam a sua personalidade jurídica e podem voltar à plenitude da vida societária, desligando-se do grupo. (REQUIÃO, 2003, p.290).

Por fim, o consórcio constitui uma modalidade de concentração em que duas ou mais empresas se unem para executar determinado empreendimento, o

consórcio não possui personalidade jurídica e é instituído através de contrato, tem previsão legal nos arts. 278 e 279 da lei 6.404/76, segundo Bulgarelli,

No Brasil assinalou-se também a existência do consórcio ou agrupamentos de empresas, refugindo às fórmulas clássicas de concentração empresarial, como forma transitória e flexível. Por ele, as empresas se acoossiam, mantendo sua personalidade jurídica e sua autonomia, através de um contrato, regulando as finalidades, direitos e obrigações dos membros. (1997, p.54)

Os consórcios são usualmente utilizados por empresas que pretendem assumir determinado empreendimento, mas que não possuem força econômica e financeira para arcar, isoladamente, com os encargos da obra. Os consórcios necessitam de prévia anuência do CADE.

2.1.2. Mercado relevante

Antes de adentrar na análise do grau de concentração e do poder de mercado, faz-se necessário um estudo onde se possa caracterizar e delinear o objeto fruto da concentração. Independente do tipo de operação concentradora, esta, é realizada com o intuito de aumentar a participação da empresa concentradora no mercado, diante disto, pode-se inferir que o objeto fim da concentração é o mercado.

Para que se possa estabelecer uma definição de mercado é preciso entender sua composição. Um mercado é integrado por dois grupos econômicos: os vendedores e os compradores.

Tanto os consumidores como as empresas representam ambos os papéis, já que, as empresas tanto vendem o produto como compram os materiais necessários para sua produção e os consumidores, por sua vez, agem na forma de compradores ao comprarem os produtos das empresas e também como vendedores a partir do momento que vendem às empresas seus serviços ou força de trabalho.

No entanto, no intuito de obter uma maior praticidade para designar o mercado, deve-se observar os agentes apenas quando os mesmos executam uma função específica. Segundo Pindyck; Rubinfeld (1999, p.09):

Em conjunto, compradores e vendedores interagem, originando os mercados. Um mercado é, pois, um grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas reais ou potenciais interações, determina o preço de um produto ou de um conjunto de produtos. É assim que podemos pensar no mercado como um “lugar” onde os preços são determinados. Observe que um mercado representa mais que uma indústria. Uma indústria é um conjunto de empresas que vendem o mesmo produto ou produtos correlatos.

O mercado também é definido através de barreiras geográficas ou tipos de produtos, por exemplo, no mercado imobiliário os consumidores procuram adquirir seus imóveis na mesma localidade em que residem, portanto, o mercado imobiliário de Fortaleza é diferente do mercado imobiliário de São Paulo.

Em relação aos tipos de produtos, existem produtos similares, mas que possuem mercados distintos, como exemplo pode-se citar o mercado de computadores, onde, os microcomputadores detêm um mercado diferenciado do mercado dos Notebooks.

No entanto a definição econômica de mercado não é suficiente para se chegar à acepção pretendida pelo legislador. A fim de que, as normas de proteção da concorrência sejam dotadas de eficácia, é necessária uma definição delimitada de mercado, de maneira que sirva como norteadoras das decisões dos agentes reguladores.

Desta feita, a legislação traz no inciso II, do art. 20, da lei 8.884/94, uma tipificação de conduta que tem como elemento o mercado, *in verbis*:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

II - dominar **mercado relevante** de bens ou serviços;

(...)

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de **mercado relevante**, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A parcela de **mercado referida** no parágrafo anterior é presumida como sendo da ordem de trinta por cento. (**GRIFO NOSSO**)

Como se pode observar, o legislador definiu como infração a ordem econômica, o domínio de mercado relevante de bens ou serviços. Assim, quis o legislador limitar a definição de mercado, com o desígnio de proferir aos aplicadores da lei uma maneira de mensurar o mercado.

Portanto, uma definição de mercado relevante é determinante para a análise dos efeitos anticompetitivos. A lei 8.884/94 não traz a definição de mercado relevante, mas seu conceito é bem definido na doutrina e na jurisprudência, segundo Marins, mercado relevante é:

o âmbito de atuação de determinados agentes econômicos, tanto do ponto de vista territorial quanto do material, ou seja, importa a aferição do espaço, e do segmento da atividade explorada. Assim, é possível que o mercado relevante se limite a uma cidade, a um estado, região ou país, até mesmo eventualmente, em caráter internacional. Podemos dizer que o espaço territorial e o objeto são medidas do mercado relevante. (2003, p.17).

Na acepção de Possas, (2001, p.5), mercado relevante é um;

conceito especificamente utilizado na área antitruste, é definido como o menor mercado, em termos de produto e geográfico, no qual o exercício de poder de mercado é possível, por meio de ações coordenadas ou unilaterais das empresas. É intenção dessa definição que o mercado relevante seja definido de forma tal que o suposto exercício de poder de mercado que se busca prevenir seja, antes de mais nada, logicamente possível.

Assim, pode-se entender que o conceito de mercado relevante é um híbrido jurídico-econômico que tem como função determinar o espaço econômico passível da análise antitruste, diante disto, se faz necessário uma definição legal de mercado relevante, que pode ser obtida nos itens 1.6.1 e 1.6.2, do anexo V, da resolução nº15/98 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O mercado relevante do produto compreende todos os produtos e/ou serviços que podem ser considerados substituíveis entre si. Assim, o mercado relevante do produto pode ser composto por um determinado número de produtos e/ou serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que sugiram o agrupamento.

Já o mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e demandam produtos e/ou serviços em condições de concorrência homogêneas. A definição do mercado relevante, em termos geográfico, exige a identificação das barreiras à entrada de produtos ofertados por empresas situadas fora da área estabelecida para o mercado. As empresas capazes de ofertar produtos e/ou serviços nesta área fazem parte do mercado relevante geográfico. Desta feita, fazem parte de um mercado relevante geográfico, todas as empresas, ofertantes e/ou demandantes, que tenham influência na fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.

Com estas definições o CADE procurou delimitar tanto o aspecto material como o aspecto geográfico do mercado relevante.

Assim, é necessário se delimitar o aspecto material de atuação do agente, isto é, o ramo seja ele qual for, desde que, obviamente, lícito: chocolates, cervejaria, medicamentos, etc. Após, há que se determinar o âmbito territorial que este fornecimento de produtos ou serviços alcance, o que é de extrema importância, principalmente em um país com costumes e regionalismos diversificados como o nosso. (MARINS, 2003, p.17).

Portanto, se observa que em relação ao produto, o mercado relevante engloba todos os produtos e/ou serviços que podem ser considerados substituíveis entre si, desta forma o mercado pode ser formado por mais de um produto e/ou serviço.

o mercado é definido na dupla dimensão produto e geográfica. Note-se que “produto” é uma designação genérica, que pode abranger grupos de produtos; isto é, agregados de produtos não idênticos, mas “bons” substitutos - onde esse grau de substituíbilidade não é previamente determinado, mas deve ser objeto de identificação, por aproximação, pelo procedimento estabelecido na própria definição de mercado relevante. (POSSAS, 1996, p.3)

Com relação ao aspecto geográfico, o mercado relevante compreende a área de atuação das empresas envolvidas no processo concentrador, esta área pode ser delimitada a um município, como também pode abranger áreas que compreendam mais de um país, sendo ainda, identificadas e consideradas, as barreiras relativas à entrada no mercado.

como no tratamento da dimensão produto, é importante lembrar que o conceito de mercado relevante é um híbrido jurídico-econômico, de modo que a questão é onde o poder de mercado, se existente, pode ser exercido, ou seja, onde tem efeito a operação. (SALGADO, 1997, p.6)

Desta forma, com relação ao produto o mercado relevante é tecnicamente definido pela elasticidade-preço da demanda, já no aspecto geográfico ele é determinado basicamente pelos custos e facilidade de acesso de empresas concorrentes a uma área geográfica específica.

Conclui-se, portanto, que para os órgãos reguladores da economia, o conceito de mercado relevante vai muito além do aspecto puramente econômico, referido conceito é uma combinação de preceitos jurídicos e econômicos que visam determinar onde o poder econômico pode ser exercido.

2.1.3. Poder econômico e grau de concentração

Na análise de Gonçalves poder pode ser entendido como sendo, “a probabilidade que um ator, dentro de uma relação social, estará em uma posição de realizar sua própria vontade, apesar da resistência de outro ator social e independente da base sobre a qual essa probabilidade se apóia. (1999, p.41)”.

Segundo Martin, apud Gonçalves (1999), existem três diferentes formas de exercer o poder, são eles; a coação, autoridade e influência. O exercício do poder através da coação é realizado quando o consentimento é conseguido através da privação física, ou da ameaça de privação física, já o exercício efetivado por meio da autoridade refere-se a um consentimento legitimado, por fim, a influência é um exercício de poder delimitado num termo residual, referindo-se a um consentimento não-legitimado e não coercitivo.

O poder econômico pode ser definido como a capacidade que determinada empresa possui de manipular as condições e resultados econômicos do mercado em que atua.

É possível conceituar poder econômico como o conjunto de meios materiais e não materiais, de expressão econômica, de que o agente dispõe e emprega no exercício de sua atividade ordinária, no mercado de bens ou serviços onde atua. De forma mais completa, Ana M. de O. Nusdeo o define “como a possibilidade de exercício de uma influência notável e a princípio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, influenciando na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas, através de uma conduta indiferente e delas independente em grau.” (CORDEIRO, 2006, p.14).

De acordo com Possas (2001, p.4), “poder de mercado é definido como a capacidade de uma empresa ou grupo de empresas de manter seus preços persistentemente acima dos níveis competitivos, sem com isso provocar uma redução de vendas suficiente para torná-la não lucrativa”. Já na acepção de Mateus (2003, p.12),

O Poder de Mercado de um vendedor é a capacidade de manter lucrativamente o preço acima do nível concorrencial por períodos significativos. Um aumento do poder de mercado, para além de diminuir a concorrência no preço, pode também diminuir a concorrência em dimensões como a qualidade ou inovação. O exercício do poder de mercado tem como consequências: (i) uma transferência de riqueza dos consumidores para as empresas, e (ii) uma afectação ineficiente de recursos.

É necessário reconhecer que o poder econômico não só está presente em todos os mercados, como também goza de certa legitimidade, já que o poder econômico é previsto na legislação. O parágrafo 4º do art. 173 da Constituição Federal, corrobora que o abuso do poder econômico será reprimido pelo Estado, com isto, a Constituição legitima a existência do poder econômico, uma vez que apenas o abuso deste poder é que será instrumento de censura estatal. Ainda segundo Cordeiro;

Vale dizer que tanto a titularidade como o uso do poderio econômico são legítimos, inclusive todos os atores que exploram atividade econômica são incentivados, pela própria dinâmica dos mercados, a majorar o seu poder econômico, eis que é pelo emprego dele que o concorrente aumentará a sua participação no mercado. Neste mesmo sentido aponta Guilherme A. Canedo de Magalhães: “não sofre o poder econômico nenhuma limitação e a sua amplitude é estimulada pela Estado, como incentivada a sua expansão, pois isto implica no desenvolvimento do país.” (2006, p.14).

Assim, o poder econômico não pode ser limitado pelo poder público, apenas no momento em que for exercido de maneira abusiva é que o Estado estará apto para cercear o abuso, ou seja, quando o poder econômico passa a ser usado com o objetivo de impedir a iniciativa de outros agentes ou quando passa a ser utilizado para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder o abuso fica evidente.

Desta feita, um nível elevado de poder econômico em si não é suficiente para intervenção estatal. Apenas nos casos em que a empresa possuidora do poder econômico, abusa desse poder é que o Estado, visando aos interesses da coletividade, intervêm no domínio econômico.

Por exemplo, as inovações tecnológicas oferecem as empresas detentoras destas patentes um poder de mercado, mesmo que temporário, uma vez que os investimentos em P&D das empresas possibilitam a criação de novas tecnologias que permitem as empresas inovadoras redução de seus custos de produção ou até mesmo na confecção de um produto novo ou mais avançado.

O poder de mercado advindo do exemplo acima exposto não pode ser visto de maneira condenável, uma vez que ele é obtido através de um dinamismo inovador da empresa que mediante o investimento em P&D procura aumentar sua eficiência, assim, o poder adquirido nestes casos passa a ser desejável, já que pode se traduzir em produtos novos ou mais baratos, sendo, portanto, de interesse do consumidor e passível de aumentar o bem-estar social.

José Afonso Da Silva chama atenção para o fato de que a Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é condenado pelo regime constitucional. Entretanto, se esse poder econômico é exercido de maneira anti-social, cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas. (SILVA DA, p.132, 2003)

Como visto a Constituição de 1988, em seu § 4º do art.173, é bem clara ao afirmar que a repressão ocorrerá apenas quando houver abuso do poder econômico. É determinante reconhecer que o poder econômico é um fenômeno que existe em qualquer mercado e que goza de certa legitimidade, assim, não pode sofrer coerção pelo Poder Estatal, exceto quando for exercido de forma abusiva. (Cordeiro, 2003).

Conforme analisado no capítulo anterior é de competência do CADE a repressão ao abuso do poder econômico, que deve atuar tanto de maneira repressiva, punindo os agentes que transgridam as normas protetivas da concorrência, como também de forma preventiva, evitando assim a consecução de atos que possam repercutir de maneira lesiva à concorrência. Na concepção de Coelho;

Para delimitar o campo das condutas incompatíveis com as estruturas do livre mercado, a própria Constituição, no art. 173, § 4º, programa a repressão legal ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”. Compete a uma autarquia federal, vinculada ao ministério da justiça, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), zelar pela aplicação desse preceito da constituição econômica e da Lei que o regulamenta (Lei n. 8.884/94). Duas são as formas de atuação do órgão: a repressora, em que julga os processos administrativos pertinentes à infração da ordem econômica, impondo sanções às pessoas que incorrem em conduta ilícita; e a preventiva, em que aprova operações societárias, como a incorporação ou fusão, e demais atos de que possa decorrer prejuízo à concorrência ou dominação de mercado. (2009, p.27)

O grau de concentração de empresas, apesar de não ser a única, é a principal variável responsável pela determinação do nível de poder econômico das empresas. O nível de poder econômico de uma empresa é diretamente proporcional ao grau de concentração encontrado no mercado, ou seja, quanto maior o grau de concentração, maior será o poder que a empresa possui sobre o mercado.

A concentração de mercado (medida pelo índice Hirschman-Herfindahl, HHI, entre outros) é a mais utilizada como primeira aproximação para determinar a viabilidade estrutural de existência de poder de mercado. Seu significado conceitual é o de uma combinação entre desigualdade e pequeno número, procurando justamente denotar o grau de facilidade de “colusão” (conluio) entre empresas naquele mercado. Admite-se que o poder de mercado é função crescente da concentração do mercado, já que pequeno número de concorrentes e sua desigualdade favorecem conluios tácitos ou

explícitos, pelo menos entre os líderes. Cabe entretanto enfatizar que a concentração é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para o surgimento de poder de mercado.(POSSAS, 2001, p.6)

A Lei nº 8.884/94, em seu art. 20, §3º e art.54, §3º, elenca os critérios quantitativos capazes de mensurar a dose necessária para que seja entendido a posição dominante da empresa no mercado.

Segundo a legislação, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam resultar o controle de 20% (vinte por cento) de mercado relevante, por parte de empresa ou grupo de empresas, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. Ainda os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade, incluem-se nestes atos, os que visem a qualquer forma de concentração econômica, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Desta forma, a legislação aufere o grau de concentração a partir dos quesitos; faturamento das empresas envolvidas na operação e percentual de participação no mercado relevante. Conforme relata Marins;

Em atenção aos critérios legais, a influência de determinado agente econômico no mercado poderá ser medida com base no faturamento em moeda corrente, ou em percentual de participação, considerando-se aí a quantidade produtiva ou a potencial capacidade produtiva. No quesito faturamento a referência legislativa (art. 54, §3º da Lei 8.884/94) é de R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) anuais, enquanto no quesito participação de mercado a referência é de 20% do mercado relevante. Ressalta-se que estes referenciais podem ser alterados pelo próprio CADE na apreciação do caso, dependendo da peculiaridade do mercado analisado.(2003, p.19)

Mas ao analisar o mercado deve-se observar o número de empresas que detém um percentual elevado do mercado, por exemplo, podem existir cem empresas atuando em um determinado setor, caso apenas três empresas respondam por 90% deste mercado, estas três terão um grande poder de mercado, assim, o fator determinante para o grau de concentração não é o número de empresas que atuam no mercado, mas o número de empresas que possuem uma fatia considerável do mercado.

Outro fator determinante para avaliar o poder de mercado é a interação entre as empresas, no exemplo acima num setor com três empresas o poder de mercado de cada uma delas vai depender de como as três se comportam no mercado, caso elas atuem de forma agressiva, tentando aumentar sua participação no mercado, dificilmente alguma delas vai ter influência no mercado.

O poder de mercado também depende das barreiras de entrada no setor e da elasticidade da demanda. A primeira se refere à dificuldade de uma nova empresa entrar no mercado, quanto maior a barreira à entrada, conseqüentemente, maior o poder econômico.

Uma condição adicional decisiva para a avaliação de poder de mercado é o nível das barreiras à entrada, apesar de não ser mensurável diretamente. Sabe-se que na ausência de barreiras à entrada - por exemplo, se não houver "sunk costs" numa indústria - não é possível fixar preços acima dos custos de forma persistente e significativa. Por isso as barreiras à entrada são um elemento fundamental de análise antitruste, não só para atos de concentração (fusões e aquisições), horizontais e verticais, como também para condutas, já que a sua presença constitui um segundo fator necessário, ainda que não suficiente, para o exercício de poder de mercado. (POSSAS, 2001, p.6).

Em relação à segunda variável, a elasticidade da demanda do produto é a sensibilidade observada na curva de demanda de um produto à uma modificação nos níveis de preço, se a elasticidade for alta, então um aumento no nível de preço acarretará uma diminuição na demanda, pois os consumidores deixarão de consumir o bem ou procuraram substitutos próximos. Sendo a elasticidade da demanda baixa, uma elevação nos preços, não ocasionará grandes modificações na demanda.

Assim, a elasticidade da demanda é inversamente proporcional ao poder de mercado, quanto menor a elasticidade da demanda, maior será o poder de mercado da empresa.

para a empresa competitiva, o preço é igual ao custo marginal; para a empresa com poder de monopólio, o preço é superior ao custo marginal. Portanto, uma forma natural de medir o poder de monopólio é examinar a medida pela qual o preço maximizador do lucro excede o custo marginal. (PINDYCK & RUBINFELD, p.370, 1999).

Observa-se, então, que o poder de mercado pode ser visto como a capacidade que a empresa possui em elevar os preços acima do preço de equilíbrio sem perder mercado.

Um dos índices mais utilizados para avaliar o grau de concentração do mercado relevante é o Índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI), o valor do índice varia entre menos de 100 para os casos de concorrência perfeita e 10.000 quando se trata de monopólio, desta feita, quanto maior o índice, maior o grau de concentração do mercado. Referido índice apresenta a vantagem de conferir um peso maior ou menor, dependendo do tamanho da firma, o que reflete de uma maneira mais precisa a participação das firmas nos mercados através de seus *Market Shares*.

A tabela a seguir demonstra os dados referentes ao ano de 1998, relacionados ao grau de concentração observado em alguns setores do mercado nacional.

| SETOR ECONÔMICO | Grau de Concentração em 1998 | SETOR ECONÔMICO | Grau de Concentração em 1998 |
|-----------------------------------|-------------------------------------|--|-------------------------------------|
| SETOR DE ALIMENTOS | Grau de Concentração | SETOR QUÍMICO | Grau de Concentração |
| Açúcar e Álcool | 51% | Petroquímica | 43% |
| Moinhos | 59% | Fertilizantes | 48% |
| Frigoríficos | 53% | Produtos de higiene e limpeza | 71% |
| Grau de Concentração Média | 54% | Grau de Concentração Média | 49% |
| SETOR DE BEBIDAS E FUMO | Grau de Concentração | SETOR DE PAPEL E CELULOSE | Grau de Concentração |
| Sucos e Concentrados | 78% | Papel e celulose | 56% |
| Cerveja | 86% | Grau de Concentração Média | 56% |
| Cigarros e fumo | 91% | SETOR TÊXTIL | Grau de Concentração |
| Grau de Concentração Média | 85% | Fiação e tecelagem | 20% |
| SETOR ELETROELETRÔNICO | Grau de Concentração | Confecções | 46% |
| Eletrodomésticos | 60% | Grau de Concentração Média | 29% |
| Equipamentos para construção | 72% | SETOR DE MINERAIS NÃO METÁLICOS | Grau de Concentração |
| Condutores elétricos | 81% | Cimento e cal | 68% |

| | | | |
|--|-----------------------------|---|-----------------------------|
| Computadores | 64% | Vidro e cristal | 76% |
| Grau de Concentração Média | 66% | Amianto e gesso | 88% |
| SETOR DE BORRACHA | Grau de Concentração | Grau de Concentração Média | 73% |
| Pneus e artefatos de borracha | 75% | SETOR DE MINERAÇÃO | Grau de Concentração |
| Grau de Concentração Média | 75% | Mineração | 76% |
| SETOR DE MATERIAL DE TRANSPORTE | Grau de Concentração | Grau de Concentração Média | 76% |
| Material de transporte | 94% | SETOR DE CONSTRUÇÃO CIVIL | Grau de Concentração |
| Grau de Concentração Média | 94% | Construção pesada | 47% |
| SETOR DE MECÂNICA | Grau de Concentração | Grau de Concentração Média | 47% |
| Motores e implementos agrícolas | 65% | SETOR VAREJISTA | Grau de Concentração |
| Máquinas operatrizes | 68% | Supermercados | 55% |
| Equipamentos pesados | 69% | Grau de Concentração Média | 72% |
| Grau de Concentração Média | 67% | SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS | Grau de Concentração |
| SETOR DE METALURGIA | Grau de Concentração | Distribuição de Gás | 66% |
| Aços planos | 100% | Grau de Concentração Média | 66% |
| Aços não planos e especiais | 55% | SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO | Grau de Concentração |
| Metalurgia de não-ferrosos | 58% | Distribuição de derivados do petróleo | 79% |
| Grau de Concentração Média | 72% | Grau de Concentração Média | 79% |

Fonte: SILVA DA, p.130 e 131, 2003

O percentual apresentado refere-se apenas as quatro maiores empresas de cada setor. Conforme se pode observar nos dados demonstrados na tabela acima, o grau de concentração de empresas no Brasil é muito elevado.

A tabela demonstra a economia brasileira apresenta em muitos setores uma estrutura oligopolística, onde um pequeno número de empresas é responsável por grande parte da produção. De maneira geral as estruturas de mercado mais comuns são realmente o oligopólio e a concorrência monopolista. Em ambos os casos poucas empresas dominam o mercado, o que facilita operações de concentração de mercado.

Em alguns setores, como material e transporte, bebidas e fumo a produção das quatro maiores empresas chega perto dos 100%. Na maioria dos setores mensurados a concentração ultrapassa os 50% do mercado. A menor concentração é observada no setor têxtil, com uma concentração de 29%.

2.2 O princípio da livre iniciativa x o princípio da livre concorrência

No intuito de se ter um melhor juízo na análise da Lei Antitruste Brasileira, torna-se necessário um breve entendimento acerca dos preceitos constitucionais que tratam da ordem econômica e financeira, mais precisamente, apreciar a antinomia observada nos valores defendidos pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que, a legislação protetiva da concorrência e seus órgãos reguladores devem trabalhar no sentido de buscar um equilíbrio dentre estes dois institutos.

Os princípios constitucionais denotam um conjunto de valores e diretrizes que fundamentam todo o nosso ordenamento jurídico, razão pela qual estão situados em posição de destaque em nosso sistema normativo. Nas palavras de Celso Bastos:

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação. (2000, p.57).

Já na concepção de Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais podem ser definidos como:

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (1996, p.142-143).

A carta constitucional de 1988 trouxe em seu título VII, da ordem econômica e financeira, os princípios gerais que norteiam as legislações que versam sobre a atividade econômica. Dentre estes princípios elencou no art. 170, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

O princípio da livre iniciativa acostado no caput do citado artigo é responsável por introduzir normativamente um modelo econômico baseado na liberdade de iniciativa, bem como, imputa a iniciativa privada o desempenho primordial na produção e circulação de bens e serviços, constituindo-se como fundamento da ordem econômica. Conforme relata Moraes (2001), o princípio da livre iniciativa constitui a livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, a lei reprimir os abusos que possam vir a cerceá-lo.

Na concepção de Celso Ribeiro Bastos, a livre iniciativa:

"é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa." (1990, p.16).

Na concepção de Cordeiro (2003, p.13), a livre iniciativa "pode ser conceituada como a possibilidade de os agentes econômicos se lançarem no mercado sem a criação de embaraços por parte do Estado".

Por sua vez, o princípio da livre concorrência se caracteriza por ser um dispositivo orientador estabelecido pela Constituição, com a função de tutelar a um dos institutos da economia popular. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos:

"a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, da procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadora do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência". (1990, p.25).

De acordo com Elia Júnior, o princípio da livre concorrência:

deve ser entendido como liberdade de concorrência enquanto direito subjetivo a competir no mercado, sempre sob o manto da proteção da legislação antitruste pátria, que garante a igualdade de oportunidade entre os players.

Por outras palavras, no princípio da livre concorrência se contém a crença de que a competição entre os players e, paralelamente, a liberdade de escolha dos consumidores, produzirão os melhores resultados sociais, promovendo a elevação da qualidade dos bens e serviços ofertados, bem como a prática de preços justos. Os players, entretanto, não têm apenas o direito subjetivo a competir no mercado, mas também o dever jurídico de não adotarem práticas entendidas pela legislação antitruste como anticoncorrenciais, sob pena de sobre eles recair a ação disciplinadora e punitiva do Estado.(2006, p.5).

Portanto, a livre concorrência significa a possibilidade dos agentes econômicos atuarem no mercado, sem sofrer qualquer tipo de restrições juridicamente plausíveis, objetivando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços. O princípio da livre concorrência tenta garantir aos agentes econômicos a oportunidade de conseguir competir no mercado de forma justa.

Desta feita, pode-se observar que o princípio da livre concorrência se caracteriza por ser uma extensão do princípio da livre iniciativa, ou seja, instrumenta a liberdade de empresa na liberdade de competição entre as empresas.

Por fim, é imperioso arrematar dizendo que, como foi visto, a livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos distintos, embora complementares. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas. Já o conceito da livre concorrência é instrumental daquele, constituindo o princípio econômico mediante o qual a fixação dos preços dos bens e serviços não deve resultar de atos de autoridade, e sim do livre jogo das forças em disputa no mercado. (CORDEIRO, 2003, p.14)

No entanto, a essência do instituto da livre iniciativa pode acarretar em prejuízo para o equilíbrio da ordem econômica, uma vez que, os indivíduos podem se utilizar de seu poderio econômico para, amparados por este instituto, dominar o

mercado, interferindo diretamente nos valores resguardados pelo princípio da livre concorrência.

Esta relação é oriunda da própria essência de tais institutos, que, apesar de amparados pelo princípio da livre iniciativa, são o caminho natural da ocorrência da concentração de mercado. E, muito embora, seja vigente em nosso ordenamento o princípio da livre iniciativa, este não é absoluto, há que se atentar ao princípio da livre concorrência, que visa o equilíbrio do mercado competitivo, de modo a evitar os efeitos nocivos da concentração indevida dos mercados. (MARINS, 2003,p.1).

Na mesma linha de pensamento assevera Coelho (2009, p.27);

A organização da economia a partir da livre iniciativa e competição, contudo, enceta uma gama imensa de contradições dialéticas, entre as quais necessitam de restringir a liberdade econômica. Isto é, para defender as estruturas do livre mercado e prestigiar a liberdade de iniciativa e competição, limites devem ser impostos às iniciativas econômicas e à competição. O sistema contém o germe de sua destruição – já demonstrou Marx há mais de cem anos: se os empresários fossem inteiramente livres para desenvolver suas atividades econômicas, sem limite nenhum, procurariam dominar os segmentos de mercado em que atuam através de práticas que impedissem ou dificultassem o ingresso de novos competidores (monopólio, oligopólio, preços predatórios, vendas casadas etc.). As estruturas do livre mercado estariam ameaçadas pela existência de freios a liberdade de empreender.

Diante do exposto, observa-se um conflito entre os dois institutos, porém, por se tratarem de normas que representam idéias gerais, os princípios, possuem um grau de abstração relativamente elevado, o que permite uma moderação de valores e interesses, concedendo ao aplicador das normas certa margem de atuação, assim, de acordo com Canotilho (1991) nos casos em que se observar conflitos entre princípios, estes devem ser objetos de ponderação e de harmonização, uma vez que, eles contém apenas diretrizes, sendo insustentável a validade simultânea de normas contraditórias.

O instituto da livre iniciativa propicia que a atividade econômica seja iniciada através da espontaneidade humana da criação do “algo” novo, referido princípio não foi concebido com intuito de ser aplicado de forma plena e absoluta, tendo seu significado convertido e manipulado de forma a expor uma ordem econômica liberal, onde não seria admitida a regulamentação estatal, na realidade, o princípio da livre iniciativa opera no sentido de impedir que o Estado tolha a liberdade do indivíduo de se lançar ao mercado. Em parecer publicado no jornal Estado de São Paulo o mestre Tércio Sampaio Ferraz Junior, assevera que:

"Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo

tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do ‘laissez faire’, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado".(apud, ELIA JÚNIOR, 2006, p.3)

A despeito de a livre iniciativa ser um direito inalienável, ele não é absoluto e deve ser exercido de maneira que não penalize outros institutos amparados pela legislação pátria. Não é concebível que o Estado iniba a livre iniciativa, na realidade sua função é a de incentivá-la, no entanto, não deve permiti-la da forma defendida pela teoria econômica Clássica, o papel do Estado moderno não está limitado ao princípio do “*laissez-Faire*”, sua função não se restringe apenas à manutenção da lei e da ordem, à defesa nacional e à oferta de bens públicos não almejados pela iniciativa privada.

É importante, também, expor que, assim como qualquer outro princípio, a livre concorrência nunca deve ser vista de maneira absoluta, isto é, deve conviver em plena harmonia com os demais postulados constitucionalmente reputados como relevantes, tais como a defesa do consumidor, do meio ambiente etc. Inclusive, assim preceitua Tércio Sampaio Ferraz Júnior: A defesa da concorrência, cuja guarda compete ao Estado, mas que não exclui a iniciativa privada, deve, por último, ser entendida no contexto mais amplo da ordem econômica constitucional. A livre concorrência, nestes termos, é um dos seis princípios, devendo, assim, conviver harmonicamente com os demais (art. 170 e incisos). Ou seja, não se pode defender a concorrência à custa da soberania nacional, do consumidor, do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. E vice-versa: nenhum desses princípios será defendido à custa da livre concorrência. Isto vale, obviamente, à “*a fortiori*”, para o princípio da propriedade privada e o da sua função social (incisos II e III do art. 170). E, em tudo, é vinculante, naquela defesa e na mencionada harmonização, o respeito aos fundamentos da ordem econômica – livre iniciativa e valorização do trabalho humano – bem como às suas finalidades, assegurar a

todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.(CORDEIRO, 2003, p. 12).

É obrigação do Estado, defender e fomentar a livre iniciativa, mas a partir do momento que a prerrogativa concebida por este instituto passa a ser manuseada de forma prejudicial à ordem econômica, deve o poder público, através dos órgãos competentes, intervir de maneira a garantir a manutenção do bem estar social.

O princípio da livre concorrência tanto se apresenta como um corolário da livre iniciativa, como também é um componente inibidor deste último, já que ele emana da livre iniciativa, mas a sua eficácia está sujeita a regulação desta livre iniciativa. Conforme leciona Celso Bastos (2004), a livre concorrência tem muito a ver com a livre iniciativa, para o mesmo, só pode existir a livre concorrência, nos mercados em que há livre iniciativa, porém, o contrário não ocorre, livre iniciativa pode existir sem a livre concorrência. De acordo com parecer proferido por Eros Grau:

É que a liberdade de concorrência deve ser visualizada como elemento moderador do princípio da liberdade de comércio e indústria, e não como ratificador deste último. Não deve ser tomado, pois, como princípio negativo. Este sentido já é coberto pelo princípio da liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico). A liberdade de concorrência é, fundamentalmente, uma liberdade privada e se apresenta dotada de caráter positivo, expressando-se como direito a que o abuso (deslealdade) da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados. Esse o sentido sob o qual o princípio é consagrado no plano constitucional, no inc. IV do art. 170 da vigente Constituição. (1993, p.126).

Seguindo o mesmo pensamento, Fonseca assevera que o princípio da livre concorrência conforme a Constituição afirma:

uma opção pelo regime de economia de mercado e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas. (1999, p.90).

Assim, o princípio da livre concorrência é desempenhado através de políticas públicas que visam reprimir o abuso de poder econômico, ou seja, de operações que possam trazer como consequência determinadas situações passíveis de ocasionar desequilíbrios nas estruturas de mercado. Estes desequilíbrios podem se apresentar de diferentes maneiras, desde aumentos excessivos nos lucros das empresas até a eliminação da concorrência. Logo, as leis antitrustes se mostram de grande

importância para a manutenção do equilíbrio de mercado e preservação do instituto da livre concorrência, segundo Andrade (2003, p.154).

O princípio da livre concorrência visa a proteger os agentes econômicos tanto de uma interferência estatal abusiva quanto da atuação de trustes, cartéis e oligopólios que importem em restrição da concorrência e da livre atuação das empresas já criadas e a serem criadas. Dessa forma, há específica tutela jurídica, não só do direito à liberdade de atuar no mercado, mas também do direito de permanecer neste mesmo mercado, porquanto o princípio da livre concorrência impõe o estabelecimento de condições que permitam a manifestação da livre iniciativa.

Deste modo, devido importância concedida pelo texto constitucional aos institutos da livre iniciativa e da livre concorrência, os antagonismos proporcionados por ambos devem ser mensurados e conseqüentemente harmonizados, devendo os órgãos responsáveis pela aplicação das leis, sempre procurar o ponto ideal de equilíbrio entre ambos.

Diante desta aparente antinomia entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, é que se torna relevante o conhecimento da legislação protetiva da concorrência, a atuação dos órgãos governamentais, suas competências e o poder controlador de tais atos de concentração, de modo a encontrar o ponto ideal de equilíbrio, propiciando a devida análise de eventual fusão ou incorporação de sociedades. Coelho (2000, p.184) oportunamente diz que "as motivações e os efeitos da concorrência leal e da desleal são idênticos, a diferença entre leal se encontra no meio empregado para conquistar a preferência dos consumidores."(MARINS, 2003, p.2).

3. A GLOBALIZAÇÃO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Como observado no capítulo anterior, a legislação antitruste brasileira, não era dotada de eficácia no combate as concentrações, uma vez que a própria política econômica adotada à época não era favorável a aplicação das normas de proteção a concorrência.

A questão está, assim, colocada em foco. País em desenvolvimento, o processo de aglutinação, ou inter-relacionamento das sociedades comerciais e das empresas, tem sido impulsionado pelo governo, que agora o disciplina sob forma legal, dando-lhe os mecanismos jurídicos para a promoção da economia de escala. Chegou o Governo a estimular, com fatores do superado Decreto-lei nº 1.182, de 16 de julho de 1971, a incorporação e fusão de empresas nacionais, hoje disciplinado pelo Regulamento do Imposto de Renda.(REQUIÃO, 2003, p.270).

As legislações antitrustes em economias fechadas, em que a concorrência praticamente não existe, não são possuidoras de eficácia. O Brasil antes da abertura comercial adotava uma política econômica de grande intervenção estatal, o que ocasionou na total ineficácia de suas legislações antitruste:

Devemos esclarecer que o modelo econômico brasileiro era um modelo fechado que, como proposição política, mantinha a reserva de mercado, impunha barreiras às importações estimulava a criação de empresas estatais, o que por si só restringia o papel e a ação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e da lei de proteção a concorrência ou antitruste. Na opinião de RUY COUTINHO, a política industrial antiga era uma política absolutamente diversa do que se tem como ideal hoje. Na verdade, segundo ele, ainda não temos hoje uma política industrial consolidada e os princípios anteriormente vigentes, com a estatização, o Conselho Interministerial de Preços – CIP, a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas – COFIE, etc. Agrediam o princípio da livre concorrência, razão pela qual a Lei nº4.137, de 10.09.1962 (que regulava a repressão ao abuso do poder econômico e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), nunca foi efetivamente aplicada. (DA SILVA, p.135, 2003).

O cenário começa a mudar a partir da década de 90, quando durante o período do governo Collor, o país abandona seu projeto de substituição das importações e passa a adotar uma política de inserção na economia globalizada, que resultou num aumento da concorrência empresarial.

No início da década de 1990, com o Plano Collor, o Brasil alterou um aspecto fundamental de sua política econômica relacionada ao comércio exterior. Com a introdução do câmbio flutuante e a eliminação do controle quantitativo como barreira alfandegária, deu-se início à superação do modelo de substituição de "importações". Esse modelo havia tentado, desde

o fim da segunda guerra, redefinir o papel do Brasil no contexto mundial, através de parque industrial próprio. (MARINS, 2004, p. 3).

Assim, apenas com a abertura econômica é que o Brasil passou a necessitar de uma Legislação Antitruste, que como visto foi instituída através da Lei nº8.884/94, que configura um moderno aparato em defesa da livre concorrência, vindo a consolidar a nova política econômica de proteção a concorrência.

3.1. Globalização econômica e o direito

O processo mundial de difusão da globalização é um acontecimento que se encontra presente no cotidiano da sociedade moderna. Este fenômeno de unificação global apresenta conseqüências no âmbito social, cultural, econômico e jurídico das sociedades.

O presente tópico tem como objetivo, a análise do processo de globalização, bem como, suas conseqüências na área econômica e jurídica, observando como o processo de internacionalização da economia exerce influência sobre o comportamento das empresas, e de que forma o Estado deve estabelecer as políticas de proteção ao instituto da livre concorrência.

3.1.1 A globalização e o poder econômico

Estabelecer uma definição para o termo globalização não é tarefa das mais fáceis. A maioria dos escritos sobre o tema fornece uma definição de globalização voltada para o âmbito econômico e para as transformações observadas no mundo atualmente.

Porém, o termo globalização não se restringe apenas ao surgimento de uma economia internacional. A globalização é um processo de unificação global com influências sociais, políticas, jurídicas, econômicas e culturais.

A globalização é um fenômeno muito antigo, os primeiros povos a influenciarem o mundo com suas culturas foram os gregos e os hebreus, desde então, o planeta já passou pela globalização egípcia, macedônica, romana, britânica, dentre outras.

O sociólogo inglês Anthony Giddens, define a globalização como sendo;

o adensamento, em todo o mundo, de relações que têm por consequência efeitos recíprocos desencadeados por acontecimentos tanto locais quanto muito distantes⁹. Como resultado desse processo, a globalização se manifesta como uma mudança significativa no alcance espacial da ação e da organização sociais, que passa para uma escala inter-regional e intercontinental.(apud, MIRANDA, 2004, p.89).

Restringindo o estudo à análise da globalização econômica, esta apresenta um passado mais recente e pode ser definida como "*a expansão mundial da produção industrial e de novas tecnologias promovida pela mobilidade irrestrita do capital e a total liberdade do comércio*" (JOHN GRAY APUD SGARBOSSA 2008, p.03).

Segundo Gonçalves, (1999, p.24), a globalização econômica pode ser definida como;

Como a interação de três processos distintos, que têm ocorrido ao longo dos últimos vinte anos, e afetam as dimensões financeira, produtivo-real, comercial e tecnológica das relações econômicas internacionais. Esses processos são: a expansão extraordinária dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais; o acirramento da concorrência nos mercados internacionais; e a maior integração entre os sistemas econômicos nacionais.

Na visão de Schilling (2002), a globalização se divide em três fases, a primeira sendo a fase do expansionismo mercantilista, de 1450 a 1850; a segunda, a fase industrial – imperialista – colonialista, que se estende de 1850 a 1950 e por último a fase pós – 1989, relativa à globalização recente cibernética – tecnológica - associativa.

A primeira fase da globalização resultou das expedições marítimas iniciadas pelos portugueses e espanhóis. A busca de novas rotas comerciais para as Índias Orientais ocasionou na descoberta de novas terras, o chamado “novo mundo”, além de proporcionar novos trajetos que encurtavam a distância para se chegar às Índias e permitir o estabelecimento de feitorias européias em vários países asiáticos.

A doutrina econômica desta primeira fase foi o mercantilismo, adotado pela maioria das monarquias européias para estimular o desenvolvimento da economia dos reinos. Ele compreendia numa complexa legislação que

recorria a medidas protecionistas, incentivos fiscais e doação de monopólios, para promover a prosperidade geral. A produção e distribuição do comércio internacional era feita por mercadores privados e por grandes companhias comerciais (as Cias. inglesas e holandesas das Índias Orientais e Ocidentais) e, em geral, eram controladas localmente por corporações de ofício. (SCHILLING, 2002, p. 04)

A expansão comercial favoreceu a elevação do nível científico, já que a necessidade de encurtar as distâncias e obter vantagens sobre os outros reinos acarretou no aperfeiçoamento de bússolas, embarcações, tecnologias necessárias à expansão comercial da época.

As vantagens concedidas às corporações de ofício e os monopólios detentores de proteção estatal, bem como, os oligopólios bilaterais praticados pela metrópole e pela colônia, eram características do sistema mercantilista e tinham como corolário a impossibilidade de se estabelecer uma estrutura de mercado de concorrência.

A transformação inicial que ocasionou a transposição da primeira para a segunda fase foi a Revolução Industrial. O rápido crescimento do mercado mundial repercutiu numa necessidade de aumento da produção e a conseqüente procura por matéria prima mais barata.

Os principais acontecimentos que marcam a transição da primeira fase da globalização para a segunda dão-se nos campos da técnica e da política. A partir do século 18, a Inglaterra industrializa-se aceleradamente e, depois dela, a França, a Bélgica, a Alemanha e a Itália. A máquina à vapor é introduzida nos transportes terrestres (estradas-de-ferro) e marítimos (barcos à vapor) Conseqüentemente esta nova época será regida pelos interesses da indústria e das finanças, sua associada e, por vezes amplamente dominante, e não mais das motivações dinásticas-mercantis. Será a grande burguesia industrial e bancária, e não mais os administradores das corporações mercantis e os funcionários reais quem liderará o processo. Esta interpenetração dos bancos com a indústria, com tendências ao monopólio ou ao oligopólio, fez com que o economista austríaco Rudolf Hilferding a denominasse de “O Capital Financeiro” (Das Finanz kapital, título da sua obra publicado em 1910), considerando-a um fenômeno novo da economia-política moderna. Lenin definiu-a como a etapa final do capitalismo, a etapa do imperialismo. (Schilling, 2002, p.4).

Os países centrais passaram a utilizar em suas indústrias matérias primas provenientes de diversos países periféricos e a sua produção passou a ser direcionada também para outros mercados. Assim, em lugar da auto-suficiência e isolamento, os países desenvolveram um intercâmbio global provocando uma interdependência entre as nações.

Nesta segunda fase da globalização, as características já se aproximam em muito da visão atual de mundo globalizado. Duas importantes mudanças foram observadas neste período: a necessidade da abolição da escravatura e a implementação do instituto da livre concorrência.

No período compreendido entre 1950 e 1989, o mundo se dividira em dois blocos, tornando-se bipolar. As duas superpotências emergidas da 2ª Grande Guerra Estados Unidos e União Soviética, ditavam as políticas mundiais. Após a queda do muro de Berlim, em 1989, os Estados Unidos passou a possuir a hegemonia do mundo moderno.

A globalização econômica, nos dias atuais, possui uma influência maior no mundo devido à velocidade que ela se desenvolve. Nunca na história humana o desenvolvimento tecnológico, o crescimento econômico e a proximidade entre os povos evoluíram de maneira tão rápida. Segundo Da Silva (p.105, 2003);

Na atualidade, este processo de entrelaçamento econômico, ao contrário do ritmo que vinha seguindo ao longo da história do *homo sapiens*, está na velocidade da luz; está é a grande diferença entre a globalização do passado e a globalização atual.

O mercado globalizado atual teve início na década de 50, quando começou a acelerar a internacionalização da produção e do mercado, acentuando-se em fins da década de 70, início da década de 80.

As políticas de endividamento adotadas no pós-guerra pela maioria dos países periféricos, aliados a crise econômica e do petróleo dos anos 70 que resultou numa recessão da economia mundial, provocaram uma acentuada elevação de suas dívidas externas.

As condições econômicas apresentadas por estes países culminaram com a adesão de vários deles ao Consenso de Washington, modelo desenvolvido pelo economista John Williamson, em 1989, que elencava 10 (dez) recomendações neoliberais, destinadas aos países que desejassem modificar suas economias, o que facilitou a expansão dos mercados multinacionais.

No capítulo anterior foi analisada a relação entre poder econômico e a proteção da livre concorrência. Neste tópico será ponderado o poder econômico

conseqüente da globalização, uma vez que, com o advento de empresas transnacionais, multinacionais e conglomerados ou holdings espalhadas pelo planeta, surge um novo panorama no que diz respeito ao exercício do poder.

Algumas empresas chegando a níveis de acumulação de capital espantosamente altos, superando os orçamentos de muitos Estados nacionais inteiros, passam a influenciar pesadamente a atuação estatal, a relativizar as possibilidades dos Estados nacionais de lançar mão dos tradicionais mecanismos de regulação da economia – tão caros ao Estado Social ou welfare state – e deflagrar um processo de migração do poder da esfera pública para a esfera privada.

(...)

Não raro muitos Estados são obrigados a ajustar seus ordenamentos jurídicos à nova realidade mundial, em face de uma competição ou concorrência global, concorrência direta do novel caráter transnacional das corporações, o que significa, ao fim e ao cabo, na minoração de direitos sociais, como os trabalhistas e previdenciários, v.g., na concessão de isenções e imunidades tributárias e outros benefícios vários. (SGARBOSSA 2008, p.03).

De acordo com Gonçalves (1999, p.43), as empresas de capital estrangeiro têm seu poder econômico embasados em duas fontes: externas e internas. As fontes internas são aquelas que também se aplicam aos grandes grupos nacionais e podem até certo ponto serem reguladas pelas entidades governamentais, no entanto, as fontes externas de poder fogem a alçada do Estado, que apresentará pouca ou nenhuma eficácia em seu cerceamento. As principais fontes externas de poder das empresas de capital estrangeiro são;

Capacidade de mobilização de recursos em escala global, grau de integração do sistema matriz-filiais, assimetria de informação, estrutura do mercado internacional, interdependência do mercado em escala global, concentração segundo a origem, importância relativa do país receptor, dinâmica da inovação tecnológica, política externa do país de origem, e marco jurídico institucional no sistema internacional. (GONÇALVES, 1999, p.46)

Todas as fontes expostas acima descrevem formas de poder econômico que as empresas de capital estrangeiro possuem, sendo que, em grande parte delas o Estado, como ente responsável pela repressão ao abuso do poder econômico, se depara com situações de total inépcia no sentido de não estar dotado de instrumentos capazes de regular estes poderes. Faria discorre sobre o assunto descrevendo de que maneira a globalização é responsável pela fragmentação do poder estatal.

Integrando mercados em velocidade avassaladora e propiciando uma intensificação da circulação de bens, serviços, tecnologias, capitais, culturas e informações em escala planetária, graças ao desenvolvimento da tecnologia, à expansão das comunicações e ao aperfeiçoamento do sistema de transportes, a globalização provocou a desconcentração, a

descentralização e a fragmentação do poder. Debilitou a capacidade de taxação e regulamentação dos governos. Abriu caminho para configurações geopolíticas novas e originais, com poder de balizar, abalar, mover e influenciar os fluxos produtivos, mercantis, monetários e migratórios. Levou as estruturas hierarquizadas das atividades empresariais a se transformarem em organizações sob a forma de redes, construídas com base em parcerias, cooperação e relações contratuais flexíveis. Estimulou a criação de novos instrumentos financeiros e introduziu novos critérios e diferenciais de rentabilidade nos investimentos transnacionais, ao mesmo tempo que também ampliou seus riscos. Gerou uma pluralidade de situações sociais originais, diferenciadas e particularísticas e exigiu novos padrões de responsabilidade, controle e segurança. Mudou o perfil e a escala dos conflitos. Tornou crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para dirimi-los. Redefiniu o tamanho, o peso e o alcance das próprias funções e papel do Estado. Deixou menos nítidas as linhas demarcatórias entre interno e externo. Propiciou modos inéditos de articulação entre esferas locais, microrregionais, nacionais, macrorregionais, e internacionais, com relações, interseções e zonas de sobreposição extensas e complexas. Alimentou movimentos e lutas pela afirmação de identidade locais baseadas na revalorização do direito às raízes. Redefiniu a articulação entre interesses particulares e a idéia de bem comum. E conduziu a novas formas de ação política e a novos modelos de legalidade. (2004, p.7).

Atualmente a globalização proporciona uma ampla facilidade às grandes corporações multinacionais na transferência de unidades ao redor do globo, o que finda em uma redução do poder interventivo do Estado, pois uma decisão em desconformidade com os interesses da multinacional pode acarretar em fechamento de unidades no país receptor.

Assim, nos dias atuais as nações, principalmente as mais atrasadas, tornam-se reféns de multinacionais e investidores financeiros, tendo que definir suas políticas, muitas vezes, em acordo com os interesses desses agentes, o que vem a ser uma afronta ao princípio da soberania econômica dos países.

3.1.2 Globalização x soberania

A soberania é um dos principais fundamentos responsáveis pela idéia de Estado moderno, estando diretamente ligada a este, seu conceito deixou de estar vinculado ao exercício do poder por parte do monarca e passou a ser um instrumento legitimizado pelo direito positivo que confere ao Estado a liberdade de atuação.

Segundo Faria (2004), o Estado teve seu aspecto tracejado a partir de 1968, com a assinatura do Tratado de Westfália, documento responsável pelo restabelecimento da Paz no continente europeu, que consagrou o modelo de soberania externa absoluta, corroborando para o surgimento de uma ordem internacional,

constituída por nações detentoras de um poder supremo, exercido dentro dos limites territoriais dos respectivos Estados-Nações.

Portanto a soberania é um instituto indispensável à consolidação dos Estados, é um poder independente, supremo, inalienável, indissolúvel, pelo qual um país é governado. É o que garante ao Estado a sua independência internacional, o que lhe concede o direito de ditar suas normas internas sem interferências externas.

Um dos formuladores do conceito moderno de soberania foi Jean Bodin, segundo este a soberania “é um poder absoluto e perpétuo de uma República em relação aos que manipulam todos os negócios de Estado de uma República” (apud, OLIVEIRA, p.82).

Nas palavras de Marcelo Caetano citado por Moraes, soberania é;

Um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos (2001, p48).

Segundo Bonavides (2000, p.160), a soberania apresenta como características o fato de ser um poder supremo, indivisível, irrevogável e perpétuo, tornando-a um elemento essencial para o Estado Moderno. Já, na concepção de Miranda;

a soberania pode ser definida como o poder de mando em última instância numa sociedade política; ela pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido de transformação da força, ou capacidade de coerção, em poder legítimo, (isto é) do poder de fato em poder de direito 3. Reveste-se então de dupla face: na sua face interna, a soberania representa a capacidade de manter a paz entre os componentes da sociedade, de forma a permitir ao Estado garantir a ordem social e realizar o enfrentamento com outros Estados no cenário internacional. Dessa forma, ela se manifesta em uma posição de supremacia em relação às demais forças sociais presentes na arena política. Na sua face externa, por sua vez, ela se pauta por relações de equilíbrio – sempre instável e questionável – entre os diferentes Estados, equilíbrio este que tem na guerra um poderoso instrumento, o qual se encontra hoje racionalizado pela via dos tratados de Direito Internacional, os quais colocam os Estados em posição de igualdade formal no contexto de uma ordem jurídica internacional. (2004, p.87).

Nossa Carta Magna elenca o princípio da soberania como um de seus fundamentos, citando-o em seu art. 1º, inciso I.

O princípio da soberania é de tamanha importância que o legislador também o elencou no inciso I, do art. 170, no capítulo referente a ordem econômica e financeira, o qual já foi transcrito no capítulo anterior. Segundo Fonseca;

Esse princípio não é uma mera repetição do que está consagrado no inciso I do art.1º, mas uma sua complementação. A soberania política dificilmente sobrevive se não se completar com a soberania do ponto de vista econômico. As políticas econômicas a serem adotadas devem levar o Estado a firmar sua posição de soberania interdependente perante os demais Estados. A soberania nacional, aqui focalizada, decorre da autonomia conseguida pelas pessoas que integram a Nação. Não se pode falar de soberania da nação se os indivíduos que a compõem são incapazes de reger-se por um padrão de vida digno de uma pessoa humana.(1999, p.88).

O instituto da soberania também é legitimado pela ONU, a autodeterminação dos povos, vêm elencada em textos normativos editados pela referida organização internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, dispõe em seu art. 213 que, “a vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos”, já no art. XV da Resolução 1.514, de 1960, a ONU estabeleceu que “todos os povos têm o direito de livre determinação; em virtude deste direito, determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

No mesmo sentido a ONU editou, a Resolução 2.265, de 1970, constando em seu texto a determinação de que nenhum Estado ou grupo de Estados pode intervir, nos interesses internos ou externos de um outro Estado. Assim, qualquer forma de interferência ou ameaça, voltadas contra os sistemas políticos, econômicos e culturais de um Estado, são afrontas ao direito internacional. Desta feita, nenhum Estado pode se utilizar de qualquer tipo de política que tenha como objetivo subordinar o exercício dos direitos soberanos de um Estado ou para obter dele vantagens de qualquer ordem.(FONSECA, 1999).

Exaurido a análise do conceito e importância da soberania para o Estado moderno, constata-se que esta pode ser observada em três dimensões, a soberania econômica, a soberania política e a soberania Jurídica. A soberania econômica é relativa à capacidade do Estado em definir de maneira independente os instrumentos indispensáveis à regulação da atividade econômica. No âmbito político, a soberania se caracteriza por representar a independência do Estado em decidir sobre seu regime político, por fim, no aspecto jurídico a soberania concede ao Estado a liberdade de

definir suas normas jurídicas, bem como, a livremente celebrar acordos e tratados internacionais. (MIRANDA, 2004).

Como visto, a globalização traz uma significativa migração do poder do domínio público para o domínio privado, esta transferência é responsável pela limitação do exercício do poder por parte do Estado, ocasionando uma interferência na soberania do Estado-Nação, uma vez que, a vontade suprema do Estado não pode ser desempenhada de maneira auto-suficiente, o que põe em xeque as condições garantidoras do Estado soberano.

Toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-Nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do judicial review e da coisa julgada é que têm sido crescentemente postos em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo. À medida que os preços dos bens e serviços transnacionais nesses mercados passam a ser formados fora do alcance das competências regulatórias estatais, esgarçando-se o vínculo entre a produção e a circulação da riqueza e o território, inicia-se um período histórico em cujo âmbito a economia cada vez mais se impõe sobre o debate público e as agendas governamentais de todos os países (ainda que de modo diferenciado). Nesse novo contexto sócio-econômico, embora em termos formais os Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território, em termos substantivos muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se materialmente limitados em sua autonomia decisória. E, conforme o peso relativo de suas respectivas economias nacionais na economia globalizada, a dimensão de seu mercado consumidor, a capacidade de investimento dos capitais privados nacionais, o controle de tecnologia produtiva, a especificidade de suas bases industriais, o grau de modernidade de sua infra-estrutura básica e os níveis de escolaridade e informação de suas sociedades já não mais dispõem cambial e previdenciária de modo independente, nem para controlar todos os eventos possíveis dentro de sua jurisdição territorial. Numa situação extrema, os Estados chegam ao ponto de não mais conseguirem estabelecer os tributos a serem aplicados sobre a riqueza – esta é que, transnacionalizando-se, passa a escolher onde pagá-los. (FARIA, 2004, p.23).

A migração do poder Estatal não afeta somente a soberania, mas toda uma gama de institutos que atuam como sustentáculo do Estado Democrático, a própria democracia é estabelecida perante premissas que balizam a distribuição de poder, evitando a apropriação e exercício particular do poder.

Assim, as idéias de separação dos poderes pelas suas funções, seu exercício como um sistema de freios e contrapesos – checks and balances -, os sistemas parlamentaristas, a idéia do controle de constitucionalidade e dos tribunais constitucionais, por exemplo, constituem arranjos institucionais engendrados no espírito de impedir a apropriação monocrática do poder. A

democracia assenta-se sobre as mesmas premissas de distribuição do poder. (SGARBOSSA, 2008, p.5).

Assim, a globalização é responsável por uma delimitação da soberania Estatal, no âmbito econômico descentraliza a gestão econômica, retirando do Estado-nação a prerrogativa de ser o único responsável pela administração da atividade econômica, já no âmbito jurídico a globalização gera uma tensão no estado democrático de direito, tendo implicações tanto na criação como na eficácia das normas jurídicas.

Por todos esses motivos, a “unidade” do Estado, mais precisamente o comportamento unitário da esfera pública diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance de sua jurisdição funcional e de suas fronteiras territoriais, passa a ser um problema – e não um fato natural. Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua centralidade quanto sua exclusividade. No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como também a condicioná-los. Com isso, as intervenções regulatórias, os mecanismos de controle e direção sócio-econômicos e as concepções de “segurança nacional” que instrumentalizaram as estratégias de planejamento entre o pós-guerra e os anos 70 perdem vigor e efetividade. As políticas de desenvolvimento de médio e longo prazo, tão comuns nesse período histórico, colidem frontalmente com o cálculo conjuntural e com o sentido de urgência decorrentes da força internacionalizante do capitalismo. Como, nesse novo contexto, a decisão de participar ou não do fenômeno da economia globalizada muitas vezes acaba ficando fora do alcance dos legisladores e dos formuladores da política econômica nacional, por mais estranho ou paradoxal que isso possa parecer, que papel, por exemplo, pode ser exercido por uma “Constituição-Dirigente”? Ou seja: por aquele tipo particular de texto constitucional que, além de consistir num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito de um determinado Estado nacional, atua também como uma espécie de estatuto político, estabelecendo o que, como e quando os legisladores e os governantes devem fazer para concretizar as diretrizes programáticas e os princípios constitucionais. (FARIA, 2004, p.32).

Com o mesmo entendimento Hermann-Josef Blanke, analisando a questão da soberania em face das transformações resultantes do processo de constituição da União Européia, afirma que a soberania externa,

refere-se ao poder de ser a última máxima instância nas relações internacionais que não admite outro poder mundano e profano, exceto os Estados mesmos. Todavia esta soberania externa se elimina cada dia mais devido à crescente interdependência dos Estados, à perda do significado das fronteiras do Estado, e, finalmente pela constituição de uma rede sempre mais densa de dependências transnacionais e de relações negociadoras. A soberania interna, isto é, a supremacia do Estado em todos os assuntos internos, transformou-se em uma ilusão pela descentralização de competências e pela multiplicidade dos órgãos com capacidade de decisão; é o caso, por exemplo, da Comunidade Européia, um dos centros titulares de

direitos e deveres frente aos Estados membros e seus cidadãos, dispondo de competências tão amplas que parece adequado falar de um sistema da jurisdição dividida e repartida. (apud MIRANDA, 2004, p.89).

Por conta disto, a soberania do Estado-nação vem sofrendo uma crescente limitação no que tange a soberania decisória, acarretando em um processo de redefinição da soberania, uma vez que este instituto tem sua estrutura abalada pela difusão da economia globalizada.

Destarte, os Estados estão se tornando cada vez mais ineficientes na condução de suas economias de forma independente. As legislações nacionais não possuem mais a eficácia necessária sobre os agentes transnacionais. A globalização econômica é um processo irreversível que vem se difundindo de maneira acelerada, resultando numa maior integração entre os Estados. Resta, então, os seguintes questionamentos, a soberania é de fundamental importância para a manutenção do Estado? Qual o destino que deve ser trilhado por este instituto?

A soberania como forma de poder que é, não vai simplesmente ser extinta, nos moldes atuais cabem aos Estados propiciarem verdadeiros “contratos sociais”, onde cada um deles cederia parte de seu poder soberano a uma instituição transnacional, criada democraticamente pelos entes integrantes do tratado, a fim de que, esta tenha o poder de regular de maneira eficaz os agentes participantes em um mercado globalizado. De acordo com o entendimento de Rodrigo Fernandes More:

Somente uma composição política, legislativa e jurídica, interna e externa, pode levar à realização do ideal integracionista. Esta composição é resultado do mais puro exercício de soberania interna. Donde se conclui que nestes processos, do mais simples modelo (zona de livre comércio) aos mais avançados (integração econômica total) é impróprio falar-se em mitigação ou 'alienação de soberania'. Insistir nesta afirmativa significa retornar no tempo, aos primórdios do Direito Internacional Clássico, é deter-se somente sob o aspecto interno da soberania que privilegia as relações internas do Estado, criando barreiras teóricas intransponíveis para a realização dos modernos processos econômicos (2004, p.11)

Assim, a soberania passa por uma crise devido ao processo de globalização, no entanto, ela não se exaure, apenas sofre uma transferência, cabe, portanto, ao Estado moderno, definir de que forma e para quem esta transferência será realizada. Na realidade é visível a necessidade de um ente transnacional que possa gerir a economia globalizada, não obstante os esforços da OMC, esta se encontra aquém das necessidades apresentadas pela moderna economia multinacional, no entanto, o que se

tem como certo é que a evolução do direito internacional está muito aquém da expansão do mundo globalizado.

3.2. Atuação do Sistema Brasileiro de Proteção da Concorrência no Contexto Econômico Globalizado.

A criação dos blocos econômicos, a derrubada de barreiras comerciais e a consequente internacionalização da economia acarretaram em um forte aumento da concorrência no mercado. Desta forma, as empresas se encontram em uma situação onde se torna necessário a adequação de seus parâmetros à nova situação do mundo. Na tentativa de sobreviver às novas normas de concorrência estabelecidas por uma economia capitalista globalizada, muitas empresas no intuito de fortalecimento encontraram como escapatória a integração, agregação ou incorporação de outras empresas.

Nesta constante busca de soluções para os problemas gerados pela globalização, as empresas podem realizar operações que vão de encontro às normas que visam proteger a concorrência e o equilíbrio de mercado. De acordo com o entendimento de Carvalho Filho apud Gomes (2007, p.03);

O abuso do poder econômico, usualmente, é cometido pela iniciativa privada, na qual alguns setores do empresariado, com ambição desmedida de lucros e total indiferença à justiça social, procuram e executam fórmulas altamente danosas ao público em geral. Não obstante, estudiosos têm sustentado que, o próprio Estado pode conduzir-se de forma abusiva no setor econômico, principalmente quando atua por intermédio das entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas.

(...)

Assim sendo, dominar, significa estar em condições de impor sua vontade sobre o mercado. Não importa se esse domínio se exerça numa parcela pequena do território nacional. Dependendo da natureza do produto, da qualidade e do preço dos transportes, o seu mercado pode ser nacional, regional ou local. Mercado, por sua vez, vem a ser o ponto abstrato de convergência entre compradores e vendedores, e é claro que, conforme as condições acima apontadas, a amplitude desse mercado pode variar geograficamente.

No entanto, deve o legislador atentar para os possíveis benefícios que podem advir com operações anticompetitivas, como: redução de custos, maior

produtividade e uma melhor distribuição. Contudo, apesar desse tipo de solução apresentada pelas empresas proporcionar determinados benefícios, é imprescindível se observar os males que uma operação como esta pode acarretar tanto para a economia como para a sociedade.

Desta forma, as entidades responsáveis pelo controle da concorrência devem mensurar os benefícios e malefícios advindos com a operação de concentração, tomando suas decisões a partir da análise dos ganhos e perdas sociais decorrentes da operação.

3.2.1 A regra da razão e a eficiência econômica

Conforme analisado no capítulo anterior, a Constituição elenca, em seu art. 173, a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios da ordem econômica e financeira. Durante o estudo, se observou uma antinomia entre os preceitos protegidos por estes institutos, e ainda, foi visto que cabem aos aplicadores da Lei encontrar uma forma de harmonizar a atuação destes princípios. Pois bem, a regra da razão é uma maneira de conciliar estes institutos.

Como visto no capítulo um, o *Sherman Act* é considerado a primeira lei antitruste, e dispõe em seu corpo legal “a proibição de qualquer contrato, combinação ou conspiração que possa restringir o comércio entre os Estados”. Uma série de decisões judiciais passou a ser editadas a partir deste normativo jurídico, neste período, as decisões realizadas pelas cortes norte-americanas consideravam ilegais qualquer acordo que restringe-se a concorrência, ou seja, não existia uma análise econômica acerca da feição do contrato, este era considerado ilegal simplesmente pelo fato de existir e resultar numa restrição à concorrência, é a chamada regra “*per se*”.

Em uma “*per se rule*”, é somente necessário provar que certa conduta ocorreu e que ela pertence a uma classe de práticas anticompetitivas para caracterizar sua ilegalidade. Nenhuma investigação detalhada acerca da racionalidade da conduta econômica e suas consequências são necessárias. (FLORES, 2006, p.40).

A regra “*per se*” era aplicada pelos tribunais, devido a dificuldade que as cortes tinham de ponderar o que poderia se analisar como sendo razoável do ponto de vista econômico, portanto, mesmo que a concentração trouxesse ganhos econômicos tanto para produtores como para consumidores, ela era declarada ilegal.

O outro critério de aplicação da legislação antitruste aplicada nos Estados Unidos era a regra da razão, segundo Bulgarelli (1997, p.37),

Tem-se apontado, largamente, a tendência – após os casos da American Tobacco e da Standard Oil, julgados pela Corte Suprema, em 1911, da aplicação da regra da razão, pela qual se procura distinguir entre as razoáveis e unreasonables, e, portanto os termos de “restrição do comércio” e “tentativa de monopólio” das seções I e II do Sherman Act são concebidos de maneira a proteger o público contra os atos que restringem a concorrência. Certas práticas são presumidamente ilegais, como as referentes à fixação de preços, ao controle da produção e ao “boicote coletivo”. Procura-se determinar se existe ou não um monopólio na medida em que o grupo visa exercer uma influência dominante sobre o mercado.

Já na concepção de Marins (2003, p.12);

O princípio em tela, de raiz norte americana, teve origem no tratamento dado ao Sherman Act, em conjunto com o Federal Commission Act e o Clayton Act, pela jurisprudência local, amenizando a rigidez destes diplomas legais, de forma a viabilizar atos que, num primeiro momento seriam anticoncorrenciais, em nome da competitividade. De tal modo, a análise dos fatos particularizada em cada caso, torna-se preponderante à delimitação do que seria razoável, dos efeitos pró-competitivos, diferenciando o bom truste do mau truste. Esta exegese resultou na própria alteração do artigo 1º do Sherman Act, que passou a ter a seguinte redação: Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em (desarrazoada) restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei.

Assim, na regra da razão, diferentemente do que ocorre no critério “*per se*” a ilegalidade da concentração não é presumida, devido a pretextos econômicos antes que legais, o efeito concentrador não pode ser presumido sem antes passar por uma minuciosa análise, onde será ponderado os efeitos negativos e positivos da concentração, ou seja, o aplicador da Lei, fará um balanço entre os efeitos anticompetitivos e os pró-eficiência. Desta forma, a regra da razão vem aos poucos substituindo o critério “*per se*” na aplicação das legislações antitrustes;

Foi mencionado que a “regra da razão” ou “da razoabilidade” (“rule of reason”) vem substituindo progressivamente o critério de ilegalidade “*per se*” na jurisprudência internacional, notadamente nos E.U.A., no tratamento das práticas verticais. Na verdade, esse movimento responde à mesma lógica de aperfeiçoamento dos métodos e conceitos empregados na análise antitruste que vem presidindo a evolução da jurisprudência, em face do reconhecimento crescente da presença dos efeitos pró-eficiência antes discutidos, via redução de custos de transação, nos contratos de natureza vertical, que a comunidade antitruste vem aos poucos incorporando ao seu acervo. Isso porque a referida regra de julgamento impõe, por definição, que cada caso seja examinado precisamente quanto ao balanço entre seus possíveis efeitos anticompetitivos e pró-eficiência, de forma a se avaliar os efeitos líquidos, e só então se concluir acerca da sua ilegalidade ou não. (POSSAS, 2001, p.12).

Portanto, a norma jurídica em abstrato não é suficiente para concluir pelo abuso do poder econômico, a norma deve ser aplicada no caso concreto e para que isto ocorra, a Ciência do Direito necessita de amparo da Ciência Econômica, é imprescindível uma análise econômica da concentração para que esta possa ser legitimada ou refutada pelas cortes julgadoras.

o problema que nós enfrentamos ao tratar com ações que tenham efeitos danosos é não simplesmente o de limitar aquelas que sejam responsáveis por eles. O que deve ser decidido é se o ganho em prevenir o dano é maior que as perdas que seriam sofridas alhures como resultado de soffrear a ação que produz o dano. Num mundo em que há custos em reorganizar os direitos estabelecidos pelo ordenamento legal, as Cortes, em casos referentes a transtornos, estão, na realidade proferindo um decisão sobre o problema econômico e determinando quais medidas devam ser tomadas. (MARINS, 2003, p. 11).

Desta feita, as aplicações das normas antitrustes estão voltadas a utilização da regra da razão, esta se baseia na eficiência econômica da concentração para que se mensure os efeitos da operação e a partir daí poder-se chegar a uma conclusão. Logo, outro fundamento que requer análise é o da eficiência econômica.

A eficiência nem sempre esteve elencada nas leis antitruste, ela era tida como um verdadeiro atributo dos mercados concorrenciais, apenas no momento em que a automação cedeu lugar a concentração é que o princípio da eficiência passou a fazer parte das legislações de proteção à concorrência.

A eficiência pode ser vista em dois conceitos distintos, são eles: a eficiência alocativa e a eficiência produtiva. Segundo Possas, (2001, p.23).

A noção de eficiência produtiva é a mais simples e direta, numa abordagem despretenhiosa: significa operar a técnica produtiva instalada numa dada unidade produtiva num nível próximo o bastante do rendimento máximo permitido teoricamente por uma dada tecnologia. É claro que esse limite depende de vários fatores que podem dificultar a definição precisa de um ótimo, mas o que importa essencialmente aqui é que se trata de um conceito técnico. Em termos econômicos convencionais, equivale a operar sobre uma dada função de produção (e não abaixo dela) e, ao fazê-lo, minimizar custos de produção.

Já a eficiência alocativa é estritamente econômica e a mais usada pelos economistas. Desnecessário lembrar que é definida usualmente pelo critério de Pareto e é formulada teoricamente por referência ao modelo de equilíbrio geral competitivo, o qual por sua vez permite demonstrar, por meio dos chamados teoremas de bem-estar, a relação biunívoca entre o equilíbrio geral competitivo e configurações de consumo (alocações) Pareto-eficientes, sob alguns critérios restritivos. O importante é ressaltar que esse critério, além de estático, só faz sentido num contexto teórico em que a conceituação e os atributos da concorrência são aqueles do equilíbrio geral competitivo: concorrência perfeita (atomística) em todos os mercados. As situações, que

são as encontráveis nas indústrias do mundo real, de concorrência imperfeita, externalidades e rendimentos crescentes (economias de escala), são tratadas pela ortodoxia econômica como “falhas de mercado”, em vez de falhas do próprio modelo teórico de concorrência adotado, que atribui ao mercado um potencial equilibrador e alocativo que ele não possui, à luz de toda evidência. A visão teórica schumpeteriana, ao contrário, não considera esse tipo de eficiência alocativa estática como particularmente relevante, uma vez que seu foco está colocado sobre as propriedades dinâmicas da concorrência e dos mercados, cujo impacto alocativo, e respectivas implicações normativas, devem ser vistas pela ótica da geração, filtragem seletiva e difusão das inovações.

No entanto, na abordagem pretendida pelo legislador, a eficiência econômica não se traduz somente no ganho monetário auferido pelas empresas com o ato concentrador, a eficiência está mais relacionada a uma otimização da atividade econômica.

Seguindo a mesma linha de raciocínio que fundamenta o princípio da regra da razão, o princípio da eficiência decorre de uma análise prática do caso de modo a verificar se determinado ato de integração, fusão ou incorporação, quebra a harmonia pretendida para a justiça social e o bem estar econômico do mercado. Para tanto a eficiência não é encarada tão somente como aquele intuito egoísta de maximização do desempenho e dos resultados, ainda que em detrimento de outros fatores do mercado, como os consumidores e a concorrência. É, na verdade, a otimização da atividade econômica empresarial em conjunto com a preservação do bem comum, o que, por sinal, está bem expresso nos incisos do art. 170 da Constituição Federal, em diversas princípios-eficiências: propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; redução das desigualdades sociais e regionais; busca do pleno emprego, dentre outros. (MARINS, 2003, p.13).

Portanto, o princípio da eficiência permite aos aplicadores do direito flexibilizarem as normas para que estas se adéquem as condições do mercado, no entanto, apesar de sua grande importância para o direito antitruste e para a conseqüente análise de operações concentradoras, o princípio da eficiência é inferior aos demais princípios da ordem econômica representando apenas um elo entre a esfera jurídica e as condições de funcionamento do mercado.

3.2.2 A economia globalizada e a atuação do SBPC

Como visto anteriormente o Sistema Brasileiro de Proteção à Concorrência é constituído de três órgãos, o CADE, a SDE e a SEAE, todos com sua competência já definidas no capítulo um.

O processo administrativo que analisa os casos de concentração tem seu rito definido na Lei 8.884/94. A SDE, através de seu secretário instaura o processo

administrativo em prazo não superior a oito dias, contados do conhecimento do fato, da representação ou do encerramento das averiguações preliminares, esta última ocorre quando os indícios de infração não forem suficientes para instauração do processo. As averiguações preliminares serão determinadas de ofício ou através de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, e devem ser concluídas dentro do prazo de sessenta dias.

Instaurado o processo administrativo, o agente infrator será citado para que apresente defesa no prazo de quinze dias. Decorrido o prazo de apresentação da defesa a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da secretaria, que devem ser apresentadas também no prazo de quinze dias. O representado poderá apresentar as provas de seu interesse no prazo máximo de quarenta e cinco dias contados da apresentação de sua defesa, bem como, pode apresentar novos documentos a qualquer momento antes do encerramento da fase instrutória.

A SEAE será informada acerca da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, que deve ser apresentado antes do encerramento da fase instrutória. Encerrada a instrução processual, o representado terá o prazo de cinco dias para apresentar suas alegações finais, entregue as alegações, o Secretário da SDE emitirá relatório decidindo pela remessa dos autos ao CADE, ou pelo seu arquivamento.

Recebido o processo, o presidente do CADE distribuirá à conselheiro relator, escolhido mediante sorteio, que abrirá vistas à procuradoria para manifestar-se. O conselheiro relator poderá solicitar a realização de novas diligências, bem como, a produção de novas provas. O julgamento realizar-se-á em plenário e o advogado da parte requerida terá direito a palavra por quinze minutos. Independente da decisão do órgão, esta deve ser fundamentada, e nos casos da decisão ser pela existência da infração à ordem econômica, deverá especificar os fatos que constituam a infração e a indicação das providências a serem tomadas, o prazo dentro qual devam ser iniciadas e concluídas referidas providências, a multa estipulada e a multa diária em caso de descumprimento da decisão.

Conforme a legislação brasileira, as responsabilidades relativas às infrações à ordem econômica são objetivas, ou seja, independem de culpa. O art. 20 da Lei 8.884/94 elenca as ações cujos efeitos constituem infrações da ordem econômica.

A referida norma deixa evidente em seu parágrafo primeiro, a isenção de culpa dos agentes econômicos que devido a sua maior eficiência conquistem o mercado. A Lei tem o intuito de reprimir processos de concentração que se desenvolvam de maneira não “natural”. No art. 21 da citada norma são dispostos as condutas caracterizadas infrações a ordem econômica que acarretar os efeitos elencados no art.20.

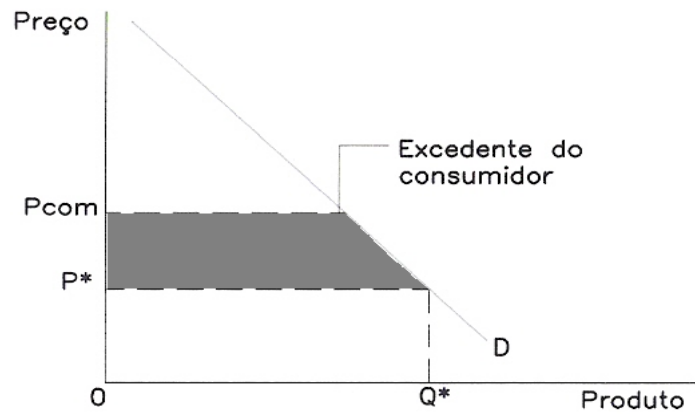
A correlação de causa e efeito observada no texto dos arts. 20 e 21 demonstram que as condutas tidas como infratoras da ordem econômica, por si só, não podem ser tidas como ilegais, para tanto a legislação exige que os efeitos advindos com a ação também estejam tipificados na norma.

Desta feita, a legislação pátria adota a regra da razão como um dos princípios do direito da concorrência, uma vez que, para o ato concentrador ser declarado ilegal, ele tem que ser submetido a uma análise, onde, os órgãos responsáveis deverão mensurar seus efeitos e averiguar se estes estão em desconformidade com o texto disposto no art.20.

É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não-tratamento de qualquer conduta como um ilícito per se. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira na correlação necessária imposta pelo art. 20 da lei concorrencial brasileira entre as condutas descrita no artigo 21 e os feitos descritos no art.20”. (SALOMÃO FILHO, 2003, p263).

Todas estas formas de concentração repercutem numa distribuição de renda entre consumidores e produtores, gerando um impasse entre o aumento do excedente do consumidor ou do excedente do produtor.

O excedente do consumidor é o “correspondente ao benefício total obtido pelo consumo de um determinado produto, subtraído do custo total de sua aquisição” (PINDYCK ; RUBINFELD, 1999, p.131):

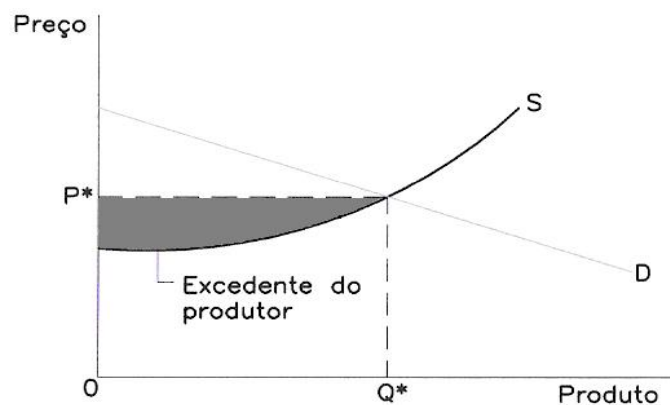


Fonte: Autor

Neste gráfico a área sombreada abrangida acima da curva do preço de mercado (P^*) e abaixo da curva de demanda (D) e do preço que o consumidor estaria disposto a pagar pelo produto (P_{com}), representa o excedente do consumidor. Para o consumidor é vantajoso adquirir o produto até o ponto onde a curva de demanda intercepta o preço de mercado que é quando o benefício trazido ao consumidor se iguala ao preço da mercadoria.

O excedente do produtor de uma empresa é o valor auferido pelo produtor na venda de uma mercadoria que se encontra acima do custo marginal da mercadoria e abaixo do preço de mercado:

O excedente do produtor de uma empresa é a soma para as todas as unidades de produto da diferença entre o preço de mercado de uma mercadoria e o custo marginal de sua produção. Assim sendo, da mesma forma que o excedente do consumidor mede a área situada abaixo da curva de demanda individual e acima do preço de mercado do produto, o excedente do produtor mede a área situada acima da curva de oferta de um produtor e abaixo do preço de mercado. (PINDYCK e RUBINFELD, 1999, p.283).



Fonte: Autor

A área abaixo do preço de mercado (P^*) e acima da curva de oferta (S) representa o excedente do produtor no mercado, enquanto que a área acima do preço de mercado (P^*) e abaixo da curva de demanda (D) representa o excedente do consumidor no mercado.

A Lei 8.884/94, no inciso II do art. 54, determina que os benefícios resultantes da operação sejam distribuídos equitativamente entre produtores e consumidores. Assim, deve o Estado efetuar suas decisões baseadas na eficiência do mercado e no aumento do bem-estar total da sociedade.

Conforme Mateus (2003, p.10):

Em resumo, com respeito a uma fusão, uma Autoridade da Concorrência deve ponderar: (i) os efeitos anticompetitivos, e (ii) os ganhos de eficiência verificáveis específicos. Tipicamente, as fusões aumentam o poder de mercado das entidades que se fundem, com conseqüências adversas para o bem-estar social. O aumento de poder de mercado pode, contudo, ser mais do que compensado pelos ganhos de eficiência que a fusão possa gerar. Quanto maiores forem os efeitos anticompetitivos da fusão, maiores devem ser os ganhos de eficiência verificáveis específicos, para que a fusão se justifique. É mais provável que os ganhos de eficiência influenciem positivamente a análise da fusão, se os efeitos anticompetitivos forem pequenos.

Em determinados casos, até os cartéis podem encontrar fundamentos para sua legitimação. Como já analisado no item 1.1.2, na Europa os cartéis podiam obter proteção estatal, caso fossem instituídos com o objetivo de proteção à indústria nacional.

Os cartéis também podem ser utilizados por pequenas empresas que se unem no objetivo de poderem competir com os grandes grupos econômicos. Um bom exemplo ocorre no Estado do Ceará, onde a Super Rede é uma associação de supermercados criada para competir frente às grandes empresas do setor.

O legislador não negligenciou esta relação. O art. 54 da lei nº8.884/94, traz o caso em que, as operações concentradoras de mercado que possam vir a limitar o instituto da livre concorrência possam ser autorizadas.

As alíneas do inciso I elencam os pressupostos necessários para que a operação concentradora possa ser legitimada, portanto, é de responsabilidade dos órgãos protetores da concorrência uma meticulosa análise dos resultados vinculados a

operação, observando se os requisitos são preenchidos e se estes atingem um patamar que compense a perda de concorrência no mercado. De acordo com Cordeiro (2006, p.11).

a busca da liberdade de concorrência tem o escopo de proporcionar o equilíbrio, não aquele atomístico do liberalismo tradicional, e sim um balanceamento entre os grandes grupos, dando, também, oportunidade às pequenas empresas de estar no mercado, de modo que esta competição entre os diversos agentes que há no mercado leve a otimização dos recursos econômicos e a preços justos, impedindo, com isso, lucros arbitrários e abuso do poder econômico.

Desta forma, os casos devem ser analisados e julgados de forma que propiciem ganhos tanto para as empresas como para os consumidores, resultando em um aumento de bem estar na sociedade como um todo. Assim, a regra da razão é usualmente adotada no Brasil;

A regra da razão é também largamente adotada no Brasil, e no correto entender de Proença (2001, p.45) "tem sentido completamente diferente da regra adotada nos Estados Unidos". Enquanto lá sua aplicação se direciona no sentido da concorrência-condição, pressupondo que toda prática anticompetitiva não interessa à sociedade, sendo vedada pelas normas americanas, no Brasil, a sua aplicação da regra da razão, se dá em momento posterior à prática do ato, de forma a aprová-lo ou não em nome do interesse social, sendo uma justificativa para a aprovação de atos anticoncorrenciais. (MARINS, 2003, p.12)

A eficiência econômica e a distribuição de renda são dois lados da economia do bem-estar, no âmbito das concentrações a perda da concorrência deve ser superada pela eficiência econômica da operação, de forma que os efeitos negativos da concentração possam ser amenizados compensando a possível perda de excedente do consumidor.

Todos os conceitos apresentados até o momento, quando aplicados em âmbito local, como local entenda-se o Brasil, são detentores de eficácia, no entanto, o contexto econômico que vigora na atualidade requer uma nova forma de atuação dos órgãos reguladores, como visto, apesar dos países serem soberanos, a transnacionalização dos mercados restringe as decisões proferidas pelos aludidos órgãos.

A globalização econômica modifica o tamanho dos mercados, antes as empresas atuavam em âmbito local, hoje as grandes corporações tem seus mercados estabelecidos em esfera mundial, decorrendo em modificações no mercado relevante,

que em alguns casos deve ser observado em uma esfera transnacional, ocorre que a legislação nacional não tem nenhuma influência em territórios alienígenas, o que dificulta a análise e decisão dos órgãos julgadores.

Neste cenário as empresas apresentam uma necessidade de fortalecimento e redução de custos, a fim de poderem competir em um mercado global, o que termina por induzir a operações de fusão e/ou incorporações, que resultam em concentrações locais. Segundo Marins,

Mais recentemente o fenômeno da globalização, principalmente com a formação de blocos econômicos multinacionais, tem favorecido em muito o interesse das companhias em efetivar atos de concentração. Exemplos como a União Européia e o Mercosul, dentre outros, tem gerado inúmeras operações societárias de fusão e incorporação de modo a maximizar os lucros e reduzir custos de produção e logística. (2003, p.4).

Assim, a globalização impulsiona a competitividade das empresas, bem como, induz ao aumento dos atos de concentração, o que concede ao princípio da eficiência papel importante no âmbito das decisões do CADE, uma vez que a aplicação correta deste princípio será responsável pela harmonização acerca da necessidade da operação de concentração, decorrente dos efeitos da globalização, e os impactos que serão sentidos no mercado. Na concepção de Ana Maria de Oliveira Nusdeo;

Com efeito, o desenvolvimento das técnicas produtivas e do sistema capitalista como um todo demonstrou a importância das economias de escala, da capacidade de investimento em produtividade e inovação, exigindo que a proteção jurídica à concorrência tenha em conta seu objetivo de garantir a competitividade nos mercados sem impedir o desenvolvimento de novas estruturas e formas de competição, sob pena de estancar o próprio desenvolvimento da economia de mercado, à qual deve servir de instrumento de preservação e renovação. Além disso, o processo de globalização tem impulsionado um crescimento da competitividade em escala mundial e nacional, o que leva o conceito de eficiência a ocupar papel central na dinâmica econômica da atualidade. O reconhecimento da eficiência, assim, como um princípio basilar de proteção à concorrência representa a disposição da lei na conciliação de sua tarefa de manter a concorrência e impulsionar o processo de evolução das técnicas produtivas e de concorrência nos mercados. (2002, p.184).

A globalização também traz algumas situações que dificultam a aplicação do direito antitruste. Com a internacionalização da economia as concentrações podem ocorrer entre empresas nacionais, internacionais ou entre ambas, nos casos em que a concentração envolve empresas nacionais, os órgãos de aplicação da legislação antitruste, possuem mais eficácia na regulação destas concentrações. No entanto,

existem os casos em que a concentração envolve duas empresas internacionais, em que ambas possuem filiais no país, nestes casos atuação do CADE se torna menos eficaz.

Como exemplo de um caso de concentração envolvendo empresas nacionais, pode-se citar a fusão entre Brama e Antártica, que resultou na criação da Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, na época a terceira maior cervejaria do mundo.

Com a união destas duas empresas, o novo ente recém criado, passou a concentrar 73% do mercado nacional de cerveja. A alta concentração resultante da fusão levou o CADE a adotar medidas urgentes, o que levou a uma suspensão da operação até que os impactos provocados no setor pudessem ser mensurados.

A AMBEV apresentou em sua defesa a necessidade de se proteger das grandes multinacionais e tentar competir no mercado internacional através da comercialização do Guaraná Antártica e da Cerveja Brahma:

Com o *slogan* “multinacional verde-e-amarela”, a AmBev, já no dia 1º de julho, deixou claro que sua intenção era expandir-se no mercado internacional com a estratégia de distribuição mundial do Guaraná Antarctica, por meio da estrutura oferecida pela Pepsi. O principal argumento a favor da fusão, anunciado pelos grupos controladores da Antarctica e da Brahma, era o seu fortalecimento para não serem presas futuras do capital estrangeiro e da desnacionalização. (ESPM/EXAME, 2005, p.08)

Em um primeiro momento a SEAE se posicionou a favor da venda da Skol, marca de maior consumo à época. No segundo fórum sobre o assunto, foi proposta a venda de uma das três principais marcas e mais duas fábricas de cerveja, o que de imediato foi refutado pela AMBEV. Assim, ficou a cargo do CADE a decisão final sobre a fusão.

A criação da empresa vai de encontro às normas antitruste vigentes no país, todavia, o CADE entendeu que o ganho de eficiência e, conseqüentemente, de bem-estar social é superior aos prejuízos concorrenciais advindos com a união.

Desta forma, a fusão das duas empresas foi aprovada pelo órgão com algumas restrições, sendo as principais: a venda da Bavária, a venda de cinco fábricas da Brahma e da Antártica e a obrigação imposta a AMBEV de compartilhar sua rede de

distribuição com cinco pequenas empresas durante quatro anos, ou seja, modificou as normas de exclusividade.

Neste caso a atuação do CADE possui uma maior eficácia com relação à concentração, uma vez que as empresas participantes da operação são todas nacionais. Já num caso onde a concentração ocorre em nível mundial, o CADE tem um campo menor de ação, como exemplo, tem-se o caso Sky x Directv.

A compra do *Directv Group* pela *News Corporation* implicou, no Brasil, na fusão da Sky e da Directv, as duas maiores empresas de TV por assinatura via satélite do país. A união dos dois grupos representa uma concentração de 95% (noventa e cinco por cento) do mercado de TV por assinatura via satélite e 32% (trinta e dois por cento) do total do mercado.

O mercado em questão envolve, além das empresas Sky e Directv, as empresas produtoras dos programas exibidos nas grades de programação das empresas Sky e Directv. A Rede Globo de Telecomunicações é acionista da Sky, e em decorrência da nova empresa, sobrevém que a Globo é possuidora da NET Brasil. As três empresas juntas representam 71% (setenta e um por cento) do total do mercado de TV por assinatura.

O CADE ao apreciar a questão aprovou a fusão das duas empresas por cinco votos a zero e duas abstinências, seguindo o voto do relator Luiz Carlos Delorme Prado. Assim como aconteceu nos Estados Unidos, o CADE aprovou a operação com restrições, pois diante do poder de mercado decorrente da fusão, fica proibida a NET Brasil o direito que detém de vetar conteúdos nacionais de outras programadoras na Sky, evitando, assim, a concentração vertical. O CADE determinou que a Sky continuasse a transmitir os programas nacionais ofertados pela Directv aos assinantes que migrarem com a fusão. Foi imposto também que durante cinco anos a Sky pratique preços iguais em todas as regiões do país.

No caso em questão o CADE não tinha como vetar a concentração, já que ela ocorreu entre as matrizes das duas companhias, só restou ao CADE impor algumas condições para legitimar a operação, dentre elas, procurou dificultar a concentração vertical que poderia ocorrer com a concentração. Outro problema trazido com uma concentração internacional é que as empresas, como visto no início do

capítulo, podem ameaçar sua retirada do mercado do país receptor caso não tenham seus propósitos atendidos, segundo Silva (2003, p.138):

Ademais, vale lembrar que, com a globalização da economia, os mercados que antes eram nacionais, portanto cativos dos produtores locais, passaram a ser integrados sendo possível produzir em um país e vender em outro. Em razão disso as empresas estão procurando atingir maior economia de escala, através de processos de associação e concentração, operações essas que com certeza realizarão nos países que lhes ofereça maiores facilidades para isso. Uma postura rígida das autoridades de um país, ao controlar os processos de associações e concentrações, tal como vinha procedendo o Conselho Administrativo de defesa Econômica – CADE em nosso país, certamente fará com que as empresas venham a fugir desse país, transportando para outros locais investimentos e empregos. Inclusive, não há como esconder que ocorre uma competição entre os blocos e países para acolher os grandes conglomerados fabris e de prestação de serviços e daí exportar para os demais. A empresa vai se concentrar no país que oferecer mais facilidades, todavia todos os países têm se preocupado em regular as condições de concorrência. Assim, devemos estar atentos as condições de concorrência nos demais países, a fim de que o exagero não venha trazer sérios prejuízos ao nosso país.

Uma das armas que o CADE pode utilizar na regulamentação das concentrações que envolvam empresas internacionais, é o compromisso de desempenho, referido assunto vem disposto no art. 58 da Lei 8.884/94.

Assim, em caso de aprovação do ato concentrador, o CADE pode estabelecer os termos do compromisso de desempenho, estabelecendo metas e objetivos, tendo em vista que a operação se estabilize dentro dos parâmetros desejados.

É evidente, no cenário econômico atual, a limitação que vem sofrendo a atuação dos órgãos nacionais de defesa da concorrência, seja, pela ineficácia de suas legislações ou pelo cerceamento de sua soberania diante das grandes corporações internacionais, desta forma, como observado no tópico 3.1.2., quanto mais unificada se torna a economia global maior é a necessidade de órgãos internacionais com legitimidade para regularem a economia em âmbito global.

No entanto, enquanto o direito internacional não atinge o patamar necessário a criação de entidades internacionais dotadas de poderes eficazes, poderes estes, cedidos pelos países signatários, para regular a economia global, cabem aos órgãos nacionais de proteção a concorrência a tarefa de analisar e julgar as condutas que infringem a ordem econômica, balizando seus julgamentos nos princípios e conceitos aqui analisados, atentando principalmente para a razoabilidade da operação, sua

eficiência econômica, seu custo social advindo com perda concorrencial e os interesses nacionais.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento das relações econômicas e sociais, vivenciadas após a revolução industrial, resultou em transformações observadas nas relações comerciais. A chamada concentração capitalista fez nascer o poder econômico privado e com ele fez surgir um novo ramo do direito, destinado a regulação deste poder.

Juntamente, com o desenvolvimento da economia, as operações societárias evoluíram, demandando uma maior atenção por parte do direito econômico, assim, os atos mais comuns de concentração, as fusões e incorporações, ganhavam cada vez mais espaço na economia moderna.

Acompanhando esta evolução do fenômeno concentracionista, o direito antitruste se desenvolveu através dos anos, num primeiro momento as decisões eram realizadas com o foco voltado apenas para o ato concentrador, com o tempo a Ciência Econômica e a Ciência do Direito passaram a trabalhar juntas, e os órgãos aplicadores das normas jurídicas começaram a fundamentar suas decisões baseados em conceitos econômicos, e não mais apenas na letra da Lei.

A globalização apresenta-se como um processo natural de desenvolvimento das relações humanas. No entanto, no âmbito econômico a globalização criou mercados transnacionais, o que acarretou num acirramento da concorrência e como corolário fomentou ainda mais os atos de concentração empresarial.

A formação das empresas transnacionais impulsiona o processo concorrencial que resulta numa corrida empresarial em que todas as empresas buscam fortalecimento e obtenção de condições necessárias para se manter no mercado.

Desta feita, a livre iniciativa pode ocasionar uma desregulação da livre concorrência, desde que as empresas se utilizem de seu poderio econômico, para de forma abusiva, tentar dominar o mercado através da eliminação da concorrência.

Assim, as fusões e incorporações de empresas, operações tão comuns nos últimos tempos, podem vir a prejudicar o instituto da livre concorrência. Estas operações societárias cresceram em importância atualmente devido ao rápido

desenvolvimento dos meios de comunicação, à criação de blocos econômicos, à quebra de barreiras comerciais, à criação de mercados multinacionais e conseqüentemente à globalização, peculiaridades que apontam para o processo de internacionalização por que vem passando a economia mundial.

Mesmo proporcionando alguns benefícios – como redução de custos, maior produtividade e uma melhor distribuição – as soluções adotadas pelas empresas podem provocar malefícios para toda a sociedade e para terceiros.

Portanto deve o poder estatal regular as operações empresariais passíveis de ocasionarem desequilíbrios nas estruturas de mercado, agindo tanto de maneira preventiva como repressiva.

No entanto, a ação estatal não pode ser realizada de forma exagerada. Em alguns casos as operações concentradoras são necessárias para o desenvolvimento econômico do país, visando à proteção dos interesses nacionais.

Assim, cabem aos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência mensurar os resultados positivos e negativos advindos com a ação concentradora, fundamentando suas decisões, baseados no ganho de bem-estar social gerado pela operação. Caso o ganho para a sociedade seja superior a perda concorrencial, deve-se optar pela legitimação da concentração, caso contrário, deve-se refutá-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Direito Concorrencial e Direito do Consumidor**. Universidade Federal da Paraíba, dez. 2002. Disponível em: <http://www.ccej.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n1/artigo_6.pdf>. Acesso em: 16/04/2007.

ANDRADE, Rogério Emílio de, **Regulação Pública Da Economia No Brasil**, São Paulo: Edicamp, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASILE, Juliano. **Uma Revolução a Brasileira pela Concorência**. Acessoria de Comunicação e Imprensa – UNICAMP, 01/09/2004. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/canal_aberto/clipping/janeiro2004/clipping040109_valor.html>. Acesso em: 17/04/2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 7, São Paulo, Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 .ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**, 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial 3: Direito de empresa**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSIDERA, Cláudio Monteiro. **Uma Breve História da Defesa da Concorrência**. Universidade Federal Fluminense, out. de 2005. Disponível em: <https://gestaoeae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab22.pdf>. Acesso em: 05/03/2007.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 11/09/2009.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui91.htm. Acesso em: 11/09/2009.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui34.htm. Acesso em: 11/09/2009.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui37.htm. Acesso em: 11/09/2009.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui46.htm. Acesso em: 11/09/2009.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **Breve comentário acerca da liberdade de concorrência.** 25 set. 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrinatexto.aspx?id=1565>. Acesso em: 20.10.2009.

DECRETO-LEI N. 869 DE 18 DE NOVEMBRO DE 1938, Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=28104>. Acesso em: 11/09/2009.

ELIA JUNIOR, Mario Luiz. **O caráter instrumental dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8679>>. Acesso em: 07 ago 2009.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FIGUEIREDO, Antônio Carlos. **Vade Mecum Acadêmico da Legislação Brasileira.** São Paulo: Primeira Impressão, 2005.

FLORES, Gustavo Abrahão. **Cartel: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil. 2006.** Disponível em: http://www.uff.br/cpgeconomianovositearquivostese2007-gustavo_flores.pdf. Acesso em: 05.10.2009.

FONSECA, João Bosco Lopoldino da. **Direito Econômico.** 2. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GABRIEL, Sérgio. **Soberania e a Globalização: premissas para a discussão de uma ordem jurídica internacional**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 121. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=563>> Acesso em: 19 jan. 2010.

GHENTEVER, Alexandre. **Política Antitruste e Credibilidade Regulatória na América Latina.** 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n2/a05v47n2.pdf>>. Acesso em: 20/11/2006.

GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e Desnacionalização.** 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Princípio da Livre Concorrência – Função Regulamentar e Função Normativa**. Revista Trimestral de Direito Público, 4/1993, São Paulo, Malheiros.

HUNT, E. K.. **História do Pensamento Econômico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

LACERDA, Antônio Corrêa de Lacerda. **O Impacto da Globalização na Economia Brasileira**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 1999.

MARINS, Vinícius. **Direito Concorrencial e Concentração Empresarial: Aspectos Atuais**. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 161, 14 de dez. de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

MARINS, Vinícius. **O controle das estruturas no sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 213, 4 fev. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4789>. Acesso em: 04 nov. 2009.

MARCO, Carla Fernanda de. **Dos Princípios Constitucionais**. Publicado em 25 Fev. 2008. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 10 de set de 2009.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MATEUS, Abel M. **A Teoria Econômica e as Concentrações na perspectiva da Política da Concorrência**. Universidade de Lisboa, 03 de out. 2003. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/Lic.%20Inaug.%202003-10-03%20%20Prof.%20Dr.%20A.%20Mateus.pdf>. Acesso em: 21 set. 2008.

MATTOS, César. **A Revolução do Antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

MIRANDA, Napoleão. **Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 86-94, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/21938/21502>. Acesso em: 03.01.2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Integração Econômica Internacional**. Jus Navigandi, Teresina, outubro/2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3307>>. Acessado em 15/11/2009.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa Da Concorrência E Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OHMAE, Kenichi. **O Fim do Estado Nação**. 1. ed. São Paulo: Publifolha, 2003.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **O Conceito de soberania Perante a Globalização**. Revista CEJ, Brasília, n. 32, p. 80-88, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/702/882>. Acesso em: 03.01.2010.

PINDYCK, Robert S.; RUNBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 4.ed. São Paulo: Makron Books, 1999.

POSSAS, Mario Luiz. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. 1996. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf. Acesso em: 12/12/2009.

POSSAS, Mário Luiz. FAGUNDES, Jorge. PONDÉ, João Luiz. **Política de Defesa da Concorrência e Práticas Verticais**. 2001. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>. Acesso em: 03.01.2010.

POSSAS, Mário Luiz. FAGUNDES, Jorge. PONDÉ, João Luiz. **Política Antitruste: um Enfoque Shumpeteriano**. 2001. Disponível em: www.ie.ufrj.br/.../politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc. Acesso em: 03.01.2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESOLUÇÃO N° 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998, Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resoluçã%20n%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>. Acesso em: 11/01/2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações Do Princípio Da Livre Iniciativa E Da Livre Concorrência Sobre O Perfil Constitucional Da Propriedade Intelectual**.

Disponível em:

http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf, Acesso em: 16 nov 2009.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SALGADO, Lúcia Helena. **O Conceito de Mercado Relevante**. 1997. Disponível em:

<http://lhsconsultoria.com.br/pdfs/O%20conceito%20de%20mercado%20relevante.pdf>.

Acesso em: 17/11/2009.

Salomão Filho, Calixto., *Direito Concorrencial: as condutas*, 1ª edição, Malheiros, São Paulo, 2003.

SILVA , Américo Luís Martins da. **A Estadualização da Apuração e Julgamento das Infrações Contra a Ordem Econômica**. 2002. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=368>>. Acesso em: 29/04/2007.

SILVA , Américo Luís Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA DA, Cíntia Machado. **As Fusões Empresariais e o Direito Concorrencial Brasileiro**. UNESP. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/revista/graduacao%20artigos%202004/Cintia%20Machado%20da%20Silva.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Globalização e Direito Econômico**. 2002. Disponível em:

http://64.233.163.132/search?q=cache:3zOBJUwwu0kJ:www.facs.br/revistajuridica/edicao_outubro2002/corpodocente/Manoel%2520Jorge%2520e%2520Silva%2520Neto.doc+%C3%89+que+a+liberdade+de+concorr%C3%Aancia+deve+ser+visualizada+como+elemento+moderador+do+princ%C3%ADpio+da+liberdade+de+com%C3%A9rcio+e+ind%C3%BAstria,&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 13 jan. 2010.

SCHILLING, Voltaire. **Globalização**. 2002. Disponível em: <<http://www.educaterterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/globalizacao.htm>>. Acesso em: 09/08/2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Globalização Econômica, Neoliberalismo E Direitos Humanos**. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11044>. Acesso em: 05/11/2009.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). Model Law on Competition. UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy. Geneve: United Nations, 2003. 86p.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Direito Econômico da Concorrência**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.