

A concentração de empresas e a competência do CADE

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES
ONOFRE CARLOS DE ARRUDA SAMPAIO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A defesa da concorrência e o fenômeno da globalização. 3. A livre concorrência na Constituição de 1988. 4. A atividade vinculada do CADE. 5. Os motivos de conveniência e de oportunidade na concentração de empresas. 6. Implicações constitucionais do poder de apreciar atos de concentração de empresas. 7. Concentração de empresas no Brasil e o CADE.

1. Introdução

A internacionalização das economias nacionais, materialmente integradas pela revolução nos transportes e nas comunicações, está a exigir percepção atenta à nova ordem de valores e comportamentos que esse fenômeno gera, com a possível modificação ou superação de conceitos que se tornaram ultrapassados em face da nova realidade.

Nesse quadro, inclui-se a atividade consagrada aos Estados de preservar o ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem ou venham a operar, impedindo que práticas danosas ao sistema da livre iniciativa prosperem e frustrem os resultados que dela se espera.

A livre concorrência constitui princípio basilar que informa o sistema político econômico dos Estados Unidos, país que, ao contrário do Brasil, sempre preservou a livre iniciativa e a concorrência como valores fundamentais da nação. Leis foram promulgadas, estudos feitos, casos julgados, formando incomensurável acervo sobre a matéria, que tem servido de base para quantos tenham de enfrentar questões dessa natureza.

José Carlos de Magalhães é Advogado, Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, Mestre em Direito (*Yale University*), Doutor em Direito (USP), Livre Docente (USP) e Presidente do Ramo Brasileiro da *International Law Association*.

Onofre Carlos de Arruda Sampaio é Advogado e especialista em Direito da concorrência.

Mesmo na Europa, a livre concorrência jamais constituiu princípio norteador das economias nacionais, registrando-se práticas monopolísticas e formação de cartéis em diversos países, a atestar a falta de universalidade do princípio da livre concorrência. Só recentemente, em virtude do inusitado processo de concentração de empresas, para fazer frente à crescente concorrência internacional e ante a constituição da União Européia, é que aqueles países passaram a dar ênfase às disposições dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma, que regulam o assunto¹.

Essa modificação de comportamento coincide com o surgimento do fenômeno da globalização da economia, em que se registrou aumento significativo de aquisições, fusões e incorporações de empresas, em todo o mundo, fazendo com que decisões paradigmáticas em tempos passados se mostrassem impróprias para regular concentrações empresariais motivadas por realidades distintas, antes desconhecidas.

2. A defesa da concorrência e o fenômeno da globalização

Esse fenômeno fez com que a concentração de empresas passasse a ser encarada sob ótica diversa da que se registrava no passado. Os parâmetros adotados para mercados nacionais fechados, que operavam em ambiente diverso do atual, tornaram-se inadequados para a realidade presente em que as empresas são forçadas a formar alianças e a realizar ajustes de concentração, com fusões, incorporações ou acordos de cooperação, que lhes permitam ampliar a economia de escala e sinergia, para enfrentar a concorrência cada vez mais acirrada e, assim, sobreviverem. São mudanças estruturais realizadas sob as mais diversas formas jurídicas, com o objetivo de criar condições para enfrentar concorrentes, que, por sua vez, procuram ser mais eficientes, redesenhando seus perfis e estratégias.

¹ Esse controle, na verdade, visou mais evitar que empresas sediadas fora da área comunitária adquirissem empresas locais, ou com elas se fundissem, como forma de ingressar na União Européia e gozar das prerrogativas por ela oferecidas, do que as concentrações em si. A edição da Resolução 4.064, de 1989, da Comissão Européia, que entrou em vigor em 1991, é fruto dessa preocupação e da necessidade de se identificar concentrações de empresas cujos efeitos restringem-se a um país, distinguindo-as das que interferem na Comunidade.

Nos estados nacionais de economia fechada, as autoridades muitas vezes tiveram êxito em interferir e condicionar a estrutura e o comportamento de certos setores da economia, mediante intervenção direta, com regulamentações, ou indireta, com estímulos fiscais ou creditícios. Esse poder é hoje de certa forma limitado, sobretudo pelas normas da Organização Mundial do Comércio, que impede a adoção de políticas de subsídios, ou protecionismos formais, como a abandonada reserva de mercado na área de informática feita pelo Brasil, fazendo com que os Estados venham a depender dos agentes econômicos internos e internacionais, estes cada vez mais interdependentes e livres para atuar em economias abertas.

A adoção da política de fronteiras abertas, com o abandono da prática da substituição de importações, que, por longos anos, informou a atuação dos países não-industrializados, sobretudo dos latino-americanos, entre os quais o Brasil, fez crescer a preocupação em dar contornos novos à legislação antimonopólio.

De fato, embora o Brasil já dispusesse, desde 1945², de lei específica sobre o assunto, reformulada em 1962³, e de órgão estatal encarregado de disciplinar o abuso do poder econômico e as infrações à ordem econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, jamais foi incorporada ao espírito da burocracia estatal, tenazmente apegada ao exercício do poder e ao intervencionismo que a tem caracterizado.

Pelo contrário, o protecionismo tarifário⁴ contra importações, a proteção à empresa nacional, mediante incentivos, a imposição de barreiras tarifárias e não-tarifárias, que excluía o produto estrangeiro similar ao nacional, mesmo quando este fosse mais caro e de pior qualidade tecnológica, o controle da importação de tecnologia⁵,

² Lei Agamenon Magalhães, Decreto-Lei 7.666, de 1945.

³ Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, em vigor até a edição da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que a revogou expressamente (art. 92).

⁴ A Lei 3.244/57, denominada Lei das Tarifas, que criou o Conselho de Política Aduaneira, e o Decreto-Lei 63/66 conferiram base legal para a política de importações, freqüentemente ampliada pela Carteira de Comércio Exterior – Cacex, que exercia, de fato, o poder burocrático de controlar as importações, não raro à margem da lei, mediante expedientes próprios da burocracia.

⁵ O famigerado Ato Normativo nº 15, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, tardiamente revogado, estabelecia critérios rígidos para a

o monopólio estatal de certos produtos e serviços, tidos como estratégicos, a política de controle de preços, os sucessivos congelamentos de preços e salários, que o processo inflacionário agudo provocou, criaram, sobretudo na burocracia estatal, mentalidade incompatível com a livre concorrência e com o mercado aberto.

Essa mentalidade intervencionista contrasta, atualmente, com o interesse dos países neo-industrializados, como o Brasil, que podem ser os reais beneficiários do processo de integração econômica mundial, se forem capazes de atrair investimentos de capital para a instalação de indústrias voltadas à produção de bens para os mercados nacional e internacional. A esse propósito, salienta Jagdish Bhagwati⁶ que os países do Sul vêm na integração com a economia mundial uma oportunidade, mais do que um perigo, de que estão temerosos os países do Norte, sobretudo ante o declínio do valor dos salários dos empregados não-qualificados nos Estados Unidos e o declínio do emprego na Europa, verificado nos anos 70 e 80. Esse fenômeno tem sido apontado como responsável pela política protecionista daqueles países, invertendo a situação anterior em que a proteção era buscada pelos países menos industrializados⁷. Curiosamente, são países como o Brasil que agora enfrentam o protecionismo norte-americano e europeu, disfarçado sob as mais diversas formas, compelindo o país a provocar a intervenção da OMC para impedir a continuação de tal política.

3. A livre concorrência na Constituição de 1988

Se, no plano externo, essa realidade evidencia o interesse do Brasil, como país neo-industrializado, na abertura e integração econômica,

importação de tecnologia, podendo-se a ele atribuir certa responsabilidade pelo atraso tecnológico que afetou e afeta a indústria brasileira.

⁶ BHAGWATI, Jagdish. The agenda of the WTO. DIJCK, Pitou van, FABER, Gerrit. (Org.) *Challenge to the New World Trade Organization*. Kluwer Law International, 1996. p. 29.

⁷ Segundo BHAGWATI, os salários reais dos trabalhadores não-qualificados nos Estados Unidos caíram sensivelmente nas últimas décadas. Em 1973, o salário por hora era de US\$8,55; em 1992, caiu para US\$7,43, montante equivalente ao percebido no final da década de 60. Se continuasse a tendência anterior, esse salário estaria em US\$12,00 por hora. Op. cit., p. 30.

contrastando com o interesse dos países desenvolvidos em adotar práticas protecionistas para defender salários e empregos, no plano interno, nota-se resistência de setores do empresariado nacional, acostumados a dispor de mercado cativo e não-concorrencial e do auxílio do Estado, bem como da própria burocracia estatal nem sempre disposta a abrir mão de poder. Os longos anos de prática intervencionista deixaram marcas profundas que a nação resolveu apagar, ao optar, na Constituição de 1988, pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia.

Essa opção se revela nos princípios gerais da atividade econômica, inscritos no art. 170 e seguintes da Constituição, que dão ênfase à livre concorrência, à defesa do consumidor e defesa do meio ambiente, entre outros, com o afastamento do Estado da exploração da atividade econômica, salvo quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou em virtude de relevante interesse coletivo (art. 173).

Coerentemente, dispôs a Constituição, no parágrafo 4º do art. 173, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros”, após haver, no parágrafo único do art. 170, assegurado “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Assim, no que tange à problemática da concorrência, os parâmetros traçados pela Constituição se fixaram no *abuso do poder econômico que objetive à dominação dos mercados, que vise à eliminação da concorrência ou que resulte no aumento arbitrário dos lucros*, significando isso que o que veda a Lei Maior é o *abuso do poder econômico*, por qualquer das formas de que se revista e que tenda a alcançar um ou alguns dos fins previstos. Não se cogita do poder econômico legítimo, assim configurado o alcançado mediante mecanismos próprios da atividade mercantil. Mesmo o monopólio é lícito, desde que não resulte de processo, gradual ou não, de eliminação de concorrentes, mediante abuso do poder econômico. Quem é titular de uma patente detém um monopólio legal, e sua exploração somente se tornará ilegítima se dela resultar aumento arbitrário dos lucros, ante a ausência de processo concorrencial que impeça, controle ou imponha limite em tais lucros.

A eliminação da concorrência é, igualmente, aceita pela ordem jurídica, se decorre da atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, com

oferta de produtos com melhor tecnologia e melhor preço, sem que haja abuso do poder econômico. A disputa pelo cliente tem como pano de fundo a diminuição do poder do concorrente e tende a eliminá-lo, não sendo, por si só, ilegítima essa eliminação se não houver abuso de poder econômico ou atividade desleal ou ilícita. Esta, a propósito, a norma do parágrafo 1º do art. 20 da Lei 8.884/94, que não caracteriza como ilícita a dominação de mercado relevante de bens e serviços, mediante processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico.

Vê-se, do texto constitucional, que o fundamento para a repressão consiste sempre no abuso do poder econômico. E a Lei 8.884/94, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, tendo de se ater aos princípios constitucionais que a informaram, e deles não se podendo apartar, sob pena de inconstitucionalidade, deve ser interpretada de acordo com tais preceitos. Dentro dessa ótica, o art. 1º da Lei 8.884/94 declara:

“Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, *orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*”

As infrações e condutas capituladas nos arts. 20 e 21 não podem, por isso, estar dissociadas daqueles ditames. Da mesma forma, o art. 54 da Lei 8.884/94, ao regular o controle de atos e contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultem na dominação de mercados, deve ser aplicado com observância dos mesmos princípios constitucionais referidos no art. 1º, quais sejam, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico. Daí estarem, na base de qualquer interpretação que se queira dar a tal preceito, os pressupostos da *repressão ao abuso do poder econômico, da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores.*

4. A atividade vinculada do CADE

Presentes os princípios constitucionais que informam a matéria e reiterados no art. 1º da Lei 8.884/94, quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços

devem ser submetidos à apreciação do CADE, para o exame de eventual abuso, em cumprimento ao que dispõe o art. 54 da mesma lei, assim redigido:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Verifica-se que o artigo estabelece que os atos nele mencionados devem ser submetidos à *apreciação* do CADE, não os vedando, nem criando exceções nos seus parágrafos, que se limitam a prever parâmetros para essa apreciação. Mesmo porque a competência da autarquia nesse ponto, definida no art. 7º, XII, da Lei 8.884/94, é de “*apreciar* os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso”.

O CADE não poderá classificar o ato de ilegal – e, por isso, determinar-lhe a desconstituição – se dele advierem os resultados previstos nos quatro incisos do parágrafo primeiro do art. 54 da Lei 8.884/94, quais sejam, o aumento da produtividade, melhora da qualidade dos bens ou serviços, eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; distribuição equitativa desses benefícios entre os participantes do ato e os consumidores e a não-eliminação de parte substancial do mercado relevante dos bens e serviços objeto do ato, com observância estrita dos limites necessários a se atingir os objetivos visados.

Da mesma forma, deverá considerá-lo regular se três das quatro condições estabelecidas no referido parágrafo primeiro do art. 54 forem atendidas, desde que haja motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum, como esclarecido no parágrafo segundo do mesmo artigo.

A atuação do CADE está, dessa forma, subordinada à lei, qualificando-se seus atos como atos vinculados da Administração, não dispondo o administrador de ampla liberdade de decisão. Pois, como ensina Hely Lopes Meirelles,

“Nessa categoria de atos administrativos, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do direito positivo para realizá-lo eficazmente. Deixando de

atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado do seu tipo-padrão”⁸.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros tem dado apoio à limitação do poder de decisão da Administração, em casos em que a lei estabelece critérios precisos para orientar sua atividade. A esse respeito, o mesmo Hely Lopes Meirelles reproduz julgado do Supremo Tribunal Federal, que sintetiza a matéria, com a ementa seguinte:

“A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo”⁹.

Essa hipótese aplica-se inteiramente ao CADE, cuja competência, definida na Lei 8.884/94, restringe-se à apreciação de atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultarem na dominação de mercados, além das infrações à ordem econômica definidas como tal pelos arts. 20 e 21 da mesma lei.

5. Os motivos de conveniência e de oportunidade na concentração de empresas

O parágrafo segundo do art. 54, por sua vez, dispõe que o CADE não poderá impugnar os atos referidos no *caput* se três das condições do parágrafo primeiro estiverem presentes, desde que demonstrada a necessidade por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e ausência de prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Nesse caso, a atuação do CADE, na apreciação do ato de concentração, deve levar em conta os *motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum* que o inspirou e que podem estar suportados por critérios de conveniência e de oportunidade, de competência exclusiva do Executivo. A discricionariedade para a identificação de motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum não se confunde

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 88

⁹ Idem, nota 7, p. 89. *Revista de Direito Administrativo*, n. 42, p. 227.

com arbitrariedade, pois trata-se de poder exercido dentro de certos limites estabelecidos por lei, podendo, se ultrapassados tais limites, caracterizar desvio de poder¹⁰. Ou, como acentua Celso Antonio Bandeira de Mello,

“Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que conforme afirma a doutrina prevalente será sempre vinculado com relação ao *fin* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto”¹¹.

Os limites desse poder estão claramente estabelecidos no parágrafo segundo do art. 54 da Lei 8.884/94, que justifica atos que prejudiquem a livre concorrência, ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, se estiverem presentes pelo menos três das quatro condições previstas no parágrafo primeiro do mesmo artigo. Se apenas uma ou duas dessas condições forem atendidas, não poderá o CADE considerar regular o ato submetido a sua apreciação, ainda que se invoque motivo preponderante da economia nacional e do bem comum. E, se assim o fizer, poderão os interessados, ou o Ministério Público, impugnar o ato perante o Poder Judiciário, pois os pressupostos legais para sua admissão, não estando presentes, não poderão ser validamente considerados.

Da mesma forma, não poderá a autarquia determinar-lhe o desfazimento se três das quatro condições forem preenchidas e existir motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

¹⁰ Segundo Hely Lopes Meirelles, “A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou pelo menos a mais vantajosa para cada caso ocorrente”. Nota 7, p. 137.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. p. 249. Malheiros.

Uma indagação que o dispositivo, desde logo, sugere é se compete exclusivamente ao CADE decidir se há motivo preponderante da economia nacional e do bem comum para justificar determinados atos, ou se tal competência é do Estado, como um todo, assim consideradas quaisquer entidades que integram o aparato estatal. Em outras palavras, se outro órgão da administração federal, dentro de sua esfera de competência, entender que certo ato deve ser praticado por consultar aos interesses da economia nacional e do bem comum, pode o CADE apreciar esse fundamento e, assim, impedi-lo? A lei não esclarece, limitando-se a dispor que, se houver motivo preponderante da economia nacional e do bem comum que o justifique, e desde que não haja prejuízo ao consumidor ou usuário final, o ato pode ser considerado legítimo – sem esclarecer quem tem o poder de assim qualificar tal motivo. Sendo assim, é lícito concluir que qualquer outro órgão da administração federal, dentro de sua esfera de competência, estaria legitimado a emprestar tal qualificação ao ato.

Essa questão tem que ver com a atuação de outros órgãos da administração federal, como é o caso das novas agências reguladoras de atividades econômicas sujeitas a regulamentos especiais, ou do Conselho Monetário Nacional e do órgão encarregado de dar cumprimento a suas determinações, o Banco Central do Brasil, que tem competência para regular as atividades das instituições financeiras em geral. Considerar o CADE como o único órgão do Estado com incumbência para definir um ato como de interesse preponderante da economia nacional e do bem comum significaria conferir a essa autarquia um monopólio que vai muito além de suas atribuições específicas.

O poder discricionário conferido, com exclusividade, ao CADE é o de alterar o percentual de 20% de participação em um mercado relevante, estabelecido pelo parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.884/94, para caracterizar posição dominante presumida, desde que para setores específicos da economia. Embora o dispositivo legal não estabeleça parâmetros, é óbvio que, tratando-se de poder discricionário, tem a autarquia o dever de motivar sua decisão, como qualquer ato administrativo. Isso porque é princípio constitucional que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF), estando a Administração submetida ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, além de outros (art. 37 da CF).

6. Implicações constitucionais do poder de apreciar atos de concentração de empresas

A apreciação, pelo CADE, dos atos de concentração ou de quaisquer outros que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços está prevista no art. 54 da Lei 8.884/94. Se não houver abuso do poder econômico, mas de um ato determinado resultar dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros¹², não poderia a lei simplesmente vedá-lo sem ferir os limites estabelecidos pela Constituição. Sendo a livre iniciativa um dos fundamentos da República, juntamente com os valores sociais do trabalho, do qual não se pode apartar o objetivo de desenvolvimento nacional, previsto pelo inciso II do art. 2º, deve preponderar sobre quaisquer outros que disponham sobre a atividade econômica que com ela eventualmente conflitem.

Complementando essas disposições, o inciso XVII do art. 5º da Constituição assegura a plena liberdade de associação para fins lícitos, e o XVIII afasta a necessidade de autorização para a criação de quaisquer associações, salvo para as cooperativas, que subordinou ao que a lei dispuser¹³. Nessa mesma linha, dispôs a Constituição, no art. 174, que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, “sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A essas normas agrega-se a do parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, que, ao assegurar o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ressaltou os casos previstos em lei. Esse preceito poderia induzir à interpre-

¹² É importante ressaltar que o aumento arbitrário dos lucros somente pode ser condenado se advém do abuso do poder econômico, como é o caso de patentes de invenção, em que somente o titular tem qualidade para explorá-las. Não sendo assim, ainda que ocorra aumento arbitrário dos lucros, desde que haja concorrência, não se pode coibi-lo legalmente.

¹³ Segundo José Afonso da Silva, o texto constitucional abrange as sociedades lucrativas, concluindo que “... a liberdade de associação inclui tanto as *associações em sentido estrito* (em sentido técnico estrito, associações são coligações de fim não lucrativo) e as *sociedades* (coligações de fim lucrativo)”. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. Revista dos Tribunais, p. 236.

tação de que constitui fundamento à exigência de autorização, pelo CADE, o exercício de atividade econômica resultante de uma concentração de empresas. A norma constitucional, contudo, refere-se ao exercício de determinado tipo de atividade econômica, como a desenvolvida pelas instituições financeiras ou de seguro, ou de outras atividades sujeitas a normas e regulamentos especiais, como as telecomunicações e transportes, em que o interesse público exige controle e fiscalização, e que, por isso, dependem de autorização governamental ou estão sujeitas a regulamentação específica.

A interpretação do texto constitucional deve sempre ter como suporte os princípios básicos que a nação elegeu como fundamentais e, dentre estes, sobressai o da livre iniciativa, inscrita logo no art. 1º, IV, da Constituição, que, por ser um dos fundamentos mesmo da República, deve prevalecer sobre quaisquer outros na própria Constituição previstos. Por isso, lícito é concluir que a liberdade de associação, independentemente de autorização governamental, afinando-se com o princípio da livre iniciativa, abrange a atividade econômica em suas diversas formas¹⁴. E, ademais, estando a liberdade de associação prevista no art. 5º, que estabelece os direitos e garantias individuais, constitui garantia não modificável até por emenda constitucional, como previsto pelo art. 60, parágrafo 4º, IV, da Constituição.

Se há liberdade de associação, independentemente de autorização governamental, é lícita qualquer forma de concentração econômica resultante de uma associação entre empresas, desde que, é óbvio, dessa associação não resulte afronta ao princípio da livre iniciativa, nem resulte de abuso de poder econômico. Mesmo porque o dispositivo constitucional (art. 5º, XVII) dispõe que há liberdade de associação para fins lícitos, ou seja, para fins não-vedados por lei.

Daí que o art. 54 da Lei 8.884/94, afinado com o texto constitucional e com a realidade atual, confere poderes ao CADE para apenas apreciar atos ou condutas de que tratam o citado artigo, exercendo, nesse passo, uma atividade preventiva, destinada a averiguar se a associação sob seu exame fere a lei, que, por sua vez, não pode ultrapassar os limites constitucionais da atividade legislativa, que se deve pautar pelos

princípios fundamentais já referidos. Se, nessa apreciação, o CADE constatar que um ato já realizado fere os princípios constitucionais da livre iniciativa e decorre de abuso de poder econômico, incumbe-lhe determinar o desfazimento do ato, como previsto na lei.

Em outras palavras, a lei não pode vedar um ato de natureza econômica ou uma associação de empresas – e, assim, uma concentração – se não resultar de abuso de poder econômico, mesmo que venha a afetar a concorrência.

Tratando-se de mera atividade preventiva de exame de atos, não se pode considerar que o CADE possua o poder de autorização daqueles atos. Essa atribuição seria inconstitucional, por ferir o princípio da livre iniciativa e o da não-intervenção do Estado na economia (art. 174 da Constituição).

É verdade que o parágrafo primeiro do art. 54 diz que o CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput* se presentes as condições estabelecidas nos seus incisos. Mas a palavra autorizar foi utilizada com evidente impropriedade, não podendo significar ato que preceda, necessariamente, a prática de determinado ato pelo agente econômico, sob pena de nulidade. Tanto que o parágrafo 9º determina a desconstituição dos atos que não venham a ser aprovados, “seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica...”. Todos esses atos pressupõem a eficácia – e, portanto, a validade – dos atos cuja desconstituição, distrato ou cisão se exige pela constatação, no processo de apreciação *a posteriori*, de que representam infração à ordem econômica. Daí por que a lei fala em desconstituição e não em nulidade. Somente se desconstitui o que foi constituído e somente se distrata o que foi validamente contratado, somente se vende bem que integra o patrimônio do vendedor. Essa disposição revela também a impropriedade do vocábulo *eficácia* empregado no parágrafo 7º do mesmo art. 54 – “a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se a sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização;...”. Se ato é ineficaz, não produz efeito e, se não produz efeito, não há que se falar em desconstituição mediante distrato, cisão, venda, etc.

Essa impropriedade terminológica da lei não obscurece o sentido global da atuação da Autarquia estabelecida nos arts. 1º, 7º e 54, que não lhe conferem poderes para autorizar quaisquer atos pelos agentes econômicos, mas

¹⁴ Sobre a noção de atividade econômica, vide Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. Malheiros. 1997. p. 121 e segs.

o de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica.

Se é verdade que a Constituição admitiu certa intervenção no domínio econômico, para reprimir abusos do poder econômico e preservar a livre concorrência, é verdade também que delimitou essa intervenção à fiscalização para aquele fim. Pois, como adverte o Professor Miguel Reale,

“houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos constituintes por dado tipo, o tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros.”¹⁵

Por isso que, ao se interpretarem as disposições da Lei nº 8.884/94, não se pode perder de vista os princípios constitucionais que a informam, não se devendo erigir a Autarquia em órgão cartorário, ao qual os agentes econômicos devem recorrer para obter autorização para a realização de quaisquer atos negociais ou associações de empresas. Sua competência é sempre a de apreciação desses atos, para verificar se há ou não abuso do poder econômico ou outra infração à ordem econômica, como tal definida em lei.

Ademais, as associações de empresas são, via de regra, negociadas sob o maior sigilo, para evitar prejuízos de imagem e de credibilidade das participantes e anunciadas quando as negociações se encerrarem, com a assinatura de instrumento que assegure o cumprimento dos ajustes. A submissão da eficácia desses ajustes à condição suspensiva constitui precaução que as partes podem tomar, quando há dúvida sobre os eventuais efeitos no mercado e a apreciação que deles fizer o CADE. E, não obstante as decisões da Autarquia possam ser questionadas perante o Judiciário, é evidente que nenhuma empresa espera discuti-las por longo período, realizando investimentos e tomando iniciativas empresariais, sem ter a certeza de que a associação que realizou não venha a ser considerada como violadora da ordem econômica.

¹⁵ REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. *Folha de São Paulo*, 19 out. 1988. p. A-3, transcrito por Eros Roberto Grau, nota 12, p. 203.

7. Concentração de empresas no Brasil e o CADE

A análise dos limites da competência atribuída ao CADE até agora feita justifica-se pela importância que a Autarquia assumiu, no processo de transformação por que passa o Brasil, com o abandono da política de substituição de importações e com a abertura da economia, e a conseqüente admissão das importações em geral, ensejando maior volume de ingresso de novos investimentos de risco, muitos em associação com empresas nacionais, outros mediante aquisição de controle acionário, em nítido processo concentracionista, em que nem sempre fica claro qual seja o mercado relevante a ser considerado, se o nacional, o comunitário do Mercosul, ou o internacional. A atuação da Autarquia passou a ser relevante diante da possibilidade de impedir ou dificultar esse processo, com a imposição de condições e entraves que desestimulem o ingresso de capitais destinados à instalação de indústrias e empresas.

Mais do que isso, enquanto no passado constituía órgão de atuação quase que irrelevante, pois a Lei 4.137/62, que lhe deu nova configuração e contornos, contrariava a política econômica geral do país, intervencionista e favorável ao cartel, ao controle oficial de preços e à reserva de mercado, doravante sua existência é plenamente justificada para preservar a livre concorrência, desde que, contudo, não incorra no vício comum de ampliar sua competência, para tornar-se órgão intervencionista.

O país tem registrado número crescente de fusões e aquisições de empresas, realizadas com o objetivo primordial de adquirir competitividade local ou internacional, diante do fortalecimento de concorrentes em ambas as esferas, sobretudo no exterior, estes de maior relevância, ante a abertura econômica generalizada verificada em todo o mundo, inclusive nos países do leste europeu, ávidos de investimentos estrangeiros e com mercados promissores.

As aquisições ou associações de empresas têm sido apreciadas sob os critérios estabelecidos pelo art. 54 da Lei 8.884/94 e, via de regra, consideradas dentro de padrões aceitáveis, não se tendo registrado, ordinariamente, casos de abuso de poder econômico, mesmo em situações em que se constatou ampliação expressiva da participação das empresas envolvidas em determinado mercado relevante¹⁶. Essa orienta-

¹⁶ De fato, o CADE aprovou os seguintes atos de concentração, até abril de 1997: Alcan/Ficap (AC 18/94); Ferinela/Índico (AC 42/95); Minasgás/São Felí-

ção do CADE está afinada com a tendência internacional de formação de blocos econômicos e de concentração de empresas. A esse propósito, é oportuno registrar opinião que, sobre o assunto, espousa o Professor José Afonso da Silva:

“O que cumpre reconhecer é que não existe mais economia de mercado, nem livre concorrência desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável, de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos. Daí por que se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da concorrência”¹⁷.

Na verdade, pode-se dizer que, ao contrário de ineficazes, as legislações sobre concorrência ganharam impulso inusitado nos últimos anos, adaptando-se à nova realidade, constituindo instrumento indispensável para assegurar o livre jogo do mercado, impedindo o abuso do poder econômico, com a conseqüente necessidade de cooperação entre agências estatais dedicadas ao assunto.

De fato, a abertura generalizada das fronteiras nacionais, impostas até pelo sucesso da Rodada Uruguai do GATT, que resultou na Organização Mundial do Comércio, motivou agrupamentos de empresas para enfrentar, nas esferas nacional e internacional, a concorrência de grupos cada vez mais fortalecidos pela economia de escala conquistada em mercados ampliados. Esse fenômeno, percebido a tempo pelas ciosas autoridades encarregadas de zelar pela preservação da livre competição nos Estados Unidos, gerou o que naquele país se apodou de *Antitrust Revolution*, em que se admitiu

cio/SHV Energy (AC 49/95); Crown/Grace (AC 4/95); Basf/Roulland/Scandiflex (AC 38/95); Exxon/Nalco (AC 28/95); Akzo Nobel/PPG (AC 65/96); Carfepe/Santista (AC 25/95); Colgate/Kolinos (AC 27/94); Electrolux/Oberdorfer (AC 62/95); Cobrasma/Iochpe-Maxion (AC 03/94); Karibê/Paramount/Moinho Santista (AC 30/95); Akzo Nobel/Flexys/Monsanto (AC 40/95); Linhas Corrente/Microlite (AC 51/95); KCC/Kenko (AC 90/96); Cargil Agrícola/Cargil T&C/São Valentin (AC 98/96); Ethyl Brasil/Ethyl Co./Texaco Brasil (AC 82/96); Echlin Mecano Fabril/Trats (AC 50/96); Alcan/TI Brasil Ltda. (AC 93/96) e Smithline Beecham PLC./Sterling Winthrop Inc. (AC 32/94). Cfe. Relatório Anual 1996 do CADE.

¹⁷ SILVA, José Afonso da, nota 12, p. 667.

maior flexibilidade à política de fusões e aquisições de empresas, em face da realidade econômica atual¹⁸.

Essa flexibilização, na verdade, constitui adaptação de conceitos a fatos não mais tidos como ilícitos ou violadores dos princípios que norteiam a livre concorrência. É a dinâmica dos negócios e, mais do que isso, da atividade empresarial que aconselha a revisão desses conceitos. Assim, se um ato é legítimo em determinado momento, pode ser considerado ilegal em outro, impondo-se sua revisão ante o novo quadro em que se verificou. É o caso, por exemplo, da aplicação extraterritorial das leis antimonopólio, que, no início do século, era inadmissível em virtude da jurisdição territorial dos Estados e que, desde meados do século, passou a ser acolhida, inicialmente com restrições e objeções dos países afetados, sendo atualmente admitida pela generalidade dos Estados, como forma de controlar a atividade transnacional das empresas que atuam na esfera internacional¹⁹.

Registrou-se, também, mudança de orientação na apreciação das associações de empresas, visando adquirir força econômica para competir em determinados mercados, em que os participantes são constituídos, em sua maioria, por grandes corporações, com grande poder econômico e tecnológico. Nos Estados Unidos, a concentração na atividade bancária foi conseqüência de diversos fatores que motivaram a aquisição, por bancos maiores, de pequenos

¹⁸ MORGAN, Thomas D. *Modern antitrust law and its origin*. West Publishing, 1994. p. 850 e segs.; sobre o assunto, vide também estudo de Carlos Alberto Bello, Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência dos EUA. *REVISTA DO IBRAC*, v. 4, n. 3, p. 9-35, mar. 1997.

¹⁹ Ao decidir o caso *American Banana versus United Fruit*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, invocando doutrina tradicional do país, exposta pelo *Justice Marshall*, absteve-se de condenar esta última pelo abuso de sua posição dominante no território da Costa Rica, sob o fundamento de que os fatos teriam ocorrido fora da jurisdição americana e, portanto, não alcançáveis pelo *Sherman Act*. A partir da década de 50, a mesma Corte mudou de posição, aplicando as leis antitruste a fatos ocorridos fora do território americano. Sobre o assunto, vide José Carlos de Magalhães, *Aplicação extraterritorial de leis nacionais*. *Revista de Direito Público*, v. 66, p. 63-79, abr./jun. 1983. Vide também, Evelyne Friedel-Souchu, *Extraterritorialité du Droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté Européenne*. L.G.D.J., 1994.

bancos, incapazes de atender às restrições sobre limites de empréstimos e de suportar os custos da atividade. Segundo Kronstein, Miller e Dommer²⁰, durante o período de 1950 a 1959, 1.503 bancos comerciais desapareceram, registrando-se a média de 150 bancos extintos por ano, em grande parte em razão do forte movimento de fusão que se verificou naquele período. Os bancos preferiam adquirir bancos locais, ao invés de formarem novos estabelecimentos, diante dos inconvenientes que teriam de enfrentar e que abrangiam desde o atendimento dos severos requisitos impostos pela legislação local para o exercício da atividade até a captação de clientela, em processo demorado e custoso.

Posteriormente, procurou-se evitar que fusões ou aquisições similares fossem feitas, sob o fundamento de que, ao invés de adquirir uma empresa local, ou a ela se associar, realizando uma *joint venture*, por exemplo, era de interesse público a constituição de nova empresa, que passaria a aumentar a concorrência, por se tornar mais um participante no mercado relevante afetado. É a tese que ficou conhecida como “concorrência potencial”, pela qual, em certas e especialíssimas circunstâncias, não se permite a um concorrente potencial ingressar em um mercado por meio de uma associação com um produtor já estabelecido, no pressuposto de que tal impedimento o obrigue a fazê-lo ingressar isoladamente, passando então a constituir-se em mais um concorrente. Com isso, estaria aumentando a concorrência e desconcentrando referido mercado.

Essa doutrina, na verdade mais teoria do que visão realista dos efeitos de uma aquisição horizontal, foi efetivamente utilizada nos Estados Unidos na década de 60 e 70, em número limitado de casos, tornados paradigmáticos, menos pela decisão adotada, e mais pela polêmica e dúvidas que gerou.

Todavia, o ambiente econômico em que tal teoria foi aplicada naquele país é sensivelmente diverso do atual, em que empresas operam em mercados cada vez maiores, exigindo maior volume de capitais e tecnologia, impondo associações e parcerias para fazer frente a essa realidade.

²⁰ KRONSTEIN, Henrich, MILLER, John T. DOMMER, Paul P. *Major American Antitrust Laws*. New York : Institute for International and Foreign Trade Law; Oceana : Dobbs Ferry, 1965. p. 298-299.

Registram-se, a propósito, expressivo número de pactos empresariais nos Estados Unidos que permitiram o ingresso, naquele país, de empresas japonesas, mediante associações com empresas norte-americanas, ainda que temporárias e de efeitos limitados, como foi o caso de Toyota e General Motors, em 1983; Mitsubishi e Chrysler, em 1985; Suzuki e General Motors, em 1986; Mazda e Ford, em 1986; Honda e Rover, em 1986; Mitsubishi e Volvo, em 1990, como noticiam Laurent Cohen Tanugi e outros²¹. Idênticas referências são feitas por William Greider, que relata associações ou contratos de cooperação industrial envolvendo VW e Mercedes Bens, Motorola, Toshiba e Philips; Nec e Samsung; IBM, Toshiba e Siemens e muitas outras²². Segundo esse autor, as empresas de telecomunicações empreenderam a mais visível e dramática ação para firmar alianças, fazendo acordos para unir poder de mercado e ativos tecnológicos em sistemas de cabo e de telefonia, transmissão radiofônica, produtoras de filmes, edição e outros meios de comunicação, ao mesmo tempo em que buscavam sócios no exterior para explorar tal mercado²³.

As associações entre gigantes empresariais, veementemente condenadas no passado, por constituírem ameaça de dominação econômica, com prejuízo ao consumidor, passaram a ser, até, defendidas pelo governo, como se percebe pela expressiva manifestação do Presidente Clinton em favor da fusão de Boeing e McDonald Douglas, contestada pela União Européia, cuja Comissão, embora resistindo, acabou por aprová-la, impondo certas restrições²⁴. Vê-se, dessa pendência, a preocupação com o fortalecimento de uma atividade empresarial concentrada, na verdadeira disputa entre blocos econômicos, modificando o quadro anterior em que prevalecia o enfoque de defesa da concorrência no

²¹ TANUGI, Laurent Cohen. *La Pratique Communautaire du Controle des Concentrations*. Droit/Economie -DeBoeck Université- 1995. p. 194)

²² GREIDER, William. *One world ready or not: the manic logic of global capitalism*. Simon and Schuster, 1997. p. 171-191.

²³ Nota 21, p. 182.

²⁴ Segundo notícia publicada em *O Estado de São Paulo* do dia 17 de julho de 1997, p. B12, o Presidente “Clinton disse que os motivos apresentados por Bruxelas, para opor-se à aquisição da McDonald Douglas, eram inconsistentes e seu governo estava dando andamento a um plano de uma possível retaliação, caso a EU rejeitasse a fusão”.

mercado nacional. Atualmente a atenção volta-se para a área internacional, para os mercados globais que se formaram e que transformaram as economias nacionais em meras peças de um complexo jogo econômico internacional.

A inter-relação das economias nacionais e a diversidade de interesses entre elas, a esse propósito, têm motivado sugestões para a formação de um grupo de trabalho sobre a concorrência, para desenvolver uma agenda mundial sobre o assunto, ante a disparidade de entendimento e orientação entre os dois maiores blocos econômicos do mundo, a União Européia e os Estados Unidos²⁵, já havendo acordos firmados a esse respeito, como os celebrados entre os Estados Unidos e a União Européia, e entre Canadá e Estados Unidos.

Na verdade, embora posto em evidência recentemente, o fenômeno constitui evolução natural da estratégia da empresa multinacional, à qual foi dada muita ênfase nos anos 60 e 70, merecendo até a instalação de uma Comissão da Empresa Transnacional, pela Organização das Nações Unidas, para controlar-lhes as atividades transnacionais²⁶. A chamada “empresa global”, atualmente em voga, nada mais é do que a empresa multinacional, ou transnacional, em contínua evolução.

Essa nova configuração da atividade empresarial é que fez com que a política das autoridades federais americanas também se modificasse e influenciasse a Suprema Corte daquele país, que passou a considerar lícitas as concentrações, ante a constatação de que tais associações eram necessárias para fazer frente a vultosos investimentos e se beneficiarem de tecnologias dos parceiros, e, assim, adquirirem condições de competir no mercado mundial. Por isso, operações anteriormente proibidas, em nome da pureza do sistema da livre concorrência, passaram a ser aceitas, sobretudo na administração dos governos Reagan e Bush, e mesmo Clinton, influenciada pela teoria da escola de Chicago,

²⁵ Vide excelente artigo de Eleanor Fox, Toward world antitrust and market access”. *American journal of international law*, v. 91, n. 1, jan. 1997. p. 1-25.

²⁶ A matéria foi objeto de extensa literatura, naquela época, ante a preocupação dos Estados, com economias organizadas nacionalmente, em controlar um fenômeno que ultrapassava suas fronteiras. Sobre o assunto, vide José Carlos de Magalhães, A empresa multinacional : descrição analítica de um fenômeno contemporâneo. *Revista Forense*, v. 253, p. 167-181, 1976.

que põe em evidência os efeitos positivos das concentrações empresariais²⁷.

Não foi, pois, por acaso que o legislador brasileiro, ao editar a Lei 8.884/94, quando a tendência internacional concentracionista já se manifestava há algum tempo, estabeleceu a competência do CADE, restringindo-a à aprovação de atos e contratos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços”, sem vedar as concentrações, antes admitindo-as, tratando apenas de estabelecer certos parâmetros, deixando de prever normas sobre o estímulo à concorrência.

De fato, as condições previstas no parágrafo primeiro do art. 54 da Lei 8.884/94 dizem respeito a atos ou associações de empresas reconhecidos como lícitos, ainda que reduzam ou limitem a concorrência, mas que tenham por objetivo o aumento da produtividade, a melhora da qualidade de bens e de serviços, a eficiência e desenvolvimento tecnológico; os benefícios sejam equitativos e distribuídos com os consumidores – a evidenciar a preocupação com o interesse público; a não-eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços e que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Todas essas condições versam sobre a *defesa* e não o *estímulo* à concorrência. Ademais, há que se ter em mente que, em determinadas situações, não se pode mais examinar os efeitos, na concorrência, de determinado ato no quadro estreito do país, ou do bloco econômico a que pertence, mas no âmbito da economia internacional em geral, ante a permeabilidade das fronteiras econômicas, que permitem a qualquer participante atuar nas economias nacionais.

Daí que teorias, como a da concorrência potencial, aplicadas para estimular – e não defender – a concorrência não sejam acolhidas na legislação antimonopólio brasileira, pois, em última análise, pretende que a empresa interessada em participar de um mercado novo o faça individualmente, por si própria, ou mediante a constituição de uma subsidiária, com o que acirrará a concorrência local. Segundo essa teoria, a associação ou fusão de empresas, mesmo que lícita, pelos benefícios que traz, ou ausência de prejuízos à concorrência, não deveria ser admitida, por evitar a instalação de novo ator, cujo

²⁷ MORGAN, Thomas D. Nota 15, p. 802 e segs. ; TANUGI et al. Nota 17, p. 132.

ingresso faria aumentar a competição em determinado mercado. Mesmo nos Estados Unidos, onde a teoria foi empregada em alguns casos, como ressaltado, há sérias dúvidas sobre sua legalidade, como a levantada por Herbert Hovenkamp:

“A doutrina do concorrente potencial real comete alguma violência ao texto do parágrafo 7º, que condena fusões somente quando elas ‘possam diminuir substancialmente a concorrência’. A doutrina do concorrente potencial real condena uma fusão porque ela não aumenta a concorrência, não porque prejudica a concorrência existente de qualquer forma”²⁸.

A aplicação dessa teoria no Brasil implicaria aguda intervenção do Estado na ordem econômica privada, com a imposição de diretrizes compulsórias para o ingresso em determinado mercado relevante, ferindo, com isso, os princípios constitucionais que regem a matéria, sobretudo o da livre iniciativa.

Assim, pode-se dizer que, diante da legislação brasileira, o CADE não é, nem pode ser, órgão formulador de política de fomento à concorrência, à semelhança do antigo Conselho de Desenvolvimento Industrial, cuja atuação estava voltada ao desenvolvimento da indústria brasileira, mediante incentivos concedidos em cada caso. A competência legal do CADE cinge-se em prevenir e reprimir condutas que possam “limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados de bens e serviços”.

Por isso, uma empresa, presentes essas premissas legais, ao procurar entrar em determinado mercado, tem o direito de fazê-lo pelo modo que julgue mais fácil e menos custoso, até porque,

²⁸ Ou, no texto original: “*The actual potential entrant doctrine does some violence to the language of par. 7, which condemns mergers only when they may substantially lessen competition. The actual potential entrant doctrine condemns a merger because it fails to increase competition, not because it damages existing competition in any way*”. Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy: The law of competition and its Practice*. West Publishing, 1994. p. 512. O autor nota, ainda, que, no caso *Marine Bancorporation*, a Suprema Corte declinou de uma segunda oportunidade para adotar a teoria do concorrente potencial real, acrescentando: “*It held that at the very least the government must show that the suggested alternative method of entry was feasible and that, if used, would have produced ‘deconcentration of (the target) market or other significant procompetitive effects’*”, p. 512.

assim agindo, estará observando o princípio constitucional da livre iniciativa e assumindo os riscos inerentes a sua decisão.

Mas não é só à empresa que ingressa que interessa a questão. Também a que aceita ou procura a associação com novo parceiro tem motivos que devem ser considerados. Ninguém admite um sócio em uma atividade se não tem necessidade, seja porque lhe falta capacidade econômica para expandir suas atividades, seja por carência de tecnologia de que dispõe o parceiro, seja, ainda, para não sucumbir, ou por outra razão relevante.

À Autarquia encarregada da defesa da concorrência cabe apenas e tão-somente aferir se a concentração resultante é ou não lícita diante do que dispõe a Lei 8.884/94, e, não havendo limitação à concorrência existente, ou, ainda que tal ocorra, estando preenchidos os pressupostos dos parágrafos 1º e 2º do art. 54, não poderá impedi-la. Mesmo porque o CADE age sob o princípio constitucional da reserva legal, devendo suas decisões serem motivadas com base no texto da lei, para terem efeito jurídico vinculante.

Não obstante tais considerações, é oportuno lembrar duas decisões do CADE em sentido contrário²⁹, aplicando a teoria da concorrência potencial e, assim, contrariando orientação anterior da própria Autarquia³⁰. Em uma delas³¹, a conclusão da maioria dos membros da Autarquia é a de que

“A opção pela associação, se racional do ponto de vista microeconômico, ao prolongar-se por tempo virtualmente indeterminado, é danosa à competição porque, de acordo com os ensinamentos

²⁹ AC 58/95 – Cia. Cervejaria Brahma/Miller Brewing Co. e Miller Brewing M 1855, Inc. e AC 83/96 – Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush International Inc/ABII, Anheuser Bush International Holding Inc – ABIIH

³⁰ Segundo levantamento feito pelo Presidente do CADE, Sr. Gesner de Oliveira, em seu voto dissidente no processo AC 83/96: Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush, publicado na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p. 148-154, as decisões anteriores são: AC 28/95: Nalco/Exxon; AC 49/95: SHV Energy/Minasgás; AC 118/97: Isolde/Basf; AC 71/96: Electrolux/Umuarã; AC 82/96: Ethyl/Texaco; AC 50/95: Echlin/Mecano/Trats e AC 90/96: KCC/Kenko.

³¹ AC 83/96 – Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush International Inc/ABII, Anheuser Bush International Holding Inc – ABIIH, na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p. 37-244.

da jurisprudência internacional na matéria, elimina a competição potencial percebida e efetiva entre a firma estabelecida e a potencial entrante. Considerando ainda que a opção pela associação com as maiores fabricantes da indústria de cerveja foi a escolhida por outras potenciais entrantes no mercado....a aprovação da presente operação por este CADE excluiria a possibilidade de entrada efetiva no mercado da maior cervejaria do mundo, o que, além de promover a concorrência, implicaria real aporte de investimento, tecnologia, *know-how* e aumento da eficiência, além de inibir a entrada de novos participantes efetivos, que haveriam de deparar-se além das barreiras à entrada verificadas com força da marca e da presença de Anheuser-Bush no mercado brasileiro.³²”

Constata-se, dessa conclusão, o surgimento de certo vezo intervencionista da Autarquia, ao pretender ampliar sua competência legal para assumir papel de órgão tutelar da atividade empresarial, desconsiderando os limites constitucionais a que sua atividade está sujeita. É de se destacar, contudo, a falta de unanimidade em ambas as decisões. Um dos votos dissidentes proferido no processo AC 83/96 (Antarctica/Anheuser) dá ênfase à inaplicabilidade, no

Brasil, da teoria da concorrência potencial para estimular a concorrência, concluindo:

“É duvidosa, neste caso, a aplicação desta versão da doutrina ao caso brasileiro, haja vista que a Lei 8.884/94, no *caput* do art. 54, afirma que serão submetidos à apreciação do CADE os atos sobre qualquer manifestados, que posam limitar ou de qualquer prejudicar a livre concorrência. Se o ato não prejudica a concorrência, não está sob escrutínio.³³”

Outro voto dissidente no mesmo processo salientou que

“Até agora a doutrina de concorrência potencial não preponderou na análise do CADE. Isto não quer dizer, naturalmente, que sua aplicação rigorosa, com as devidas provas e evidências fartamente preenchidas, não possa constituir algo positivo e inovador³⁴.”

Ante a polêmica que as decisões geraram, com manifestações contrárias generalizadas, é provável que o CADE não insista na aplicação de teorias destinadas a impulsionar a concorrência, mas sim se fixe na previsão constitucional de atuar nos limites da prevenção e da repressão ao abuso do poder econômico que vise falsear a concorrência, prejudicando a livre iniciativa.

³² Voto da Conselheira Relatora, Lúcia Helena Salgado e Silva, na *Revista do IBRAC*, p. 87-88

³³ Voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho, na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p. 107-125.

³⁴ Voto do Presidente Gesner de Oliveira, na *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 5, p.131-148.