

As eficiências econômicas sob o prisma jurídico¹

José Inácio Gonzaga Franceschini e
Edgard Antonio Pereira²

Sumário: 1. Introdução. 2. Escopo da Lei de Defesa da Concorrência. a) Escola tradicionalista ou estruturalista. b) Escola de Chicago. c) Escola “Administrativista”. d) Resumo. 3. Identificação e avaliação das eficiências econômicas. a) Modalidades e hierarquia. b) Mensurabilidade. c) Critério de aplicação. 4. As eficiências no Direito Positivo. a) Sistema constitucional. b) O sistema infra-constitucional. c) Conclusão.

1. Introdução

É sabido que o Direito da Concorrência, ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade, é a simbiose do Direito com a Economia.

O estabelecimento de uma linguagem comum às duas Ciências é, portanto, imprescindível não apenas à correta aplicação da legislação, como também à sua evolução.

Este um dos propósitos, em tema de atos de concentração, da análise das eficiências econômicas enquanto inteligência do art. 54, § 1º, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

¹ O original apresentava o subtítulo “Inteligência do art. 54, § 1º, da Lei nº 8.884, de 11.06.1994”, aqui suprimido para adequação do artigo à linha gráfica da RDE:

² Palestra proferida por José Inácio Gonzaga Franceschini, sócio de Franceschini e Miranda — Advogados, no II Seminário Internacional de Direito da Concorrência em maio de 1996, promovido pelo IBRAC — Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de consumo. Artigo revisado pelo palestrante, com a colaboração de Edgard Antonio Pereira, sócio de Edgard Pereira e Associados, Professor do Departamento de Teoria Econômica da UNICAMP e *ex-visiting scholar* da Universidade da Califórnia Berkeley.

2. Escopo da Lei de Defesa da Concorrência

A discussão sobre as eficiências econômicas, sob o prisma jurídico, se inicia com a determinação do escopo da legislação de defesa da concorrência.

Três são as doutrinas básicas que cuidam do tema: (a) a tradicionalista ou estruturalista, (b) a teoria liberal da Escola de Chicago e (c) a tese “administrativista”.

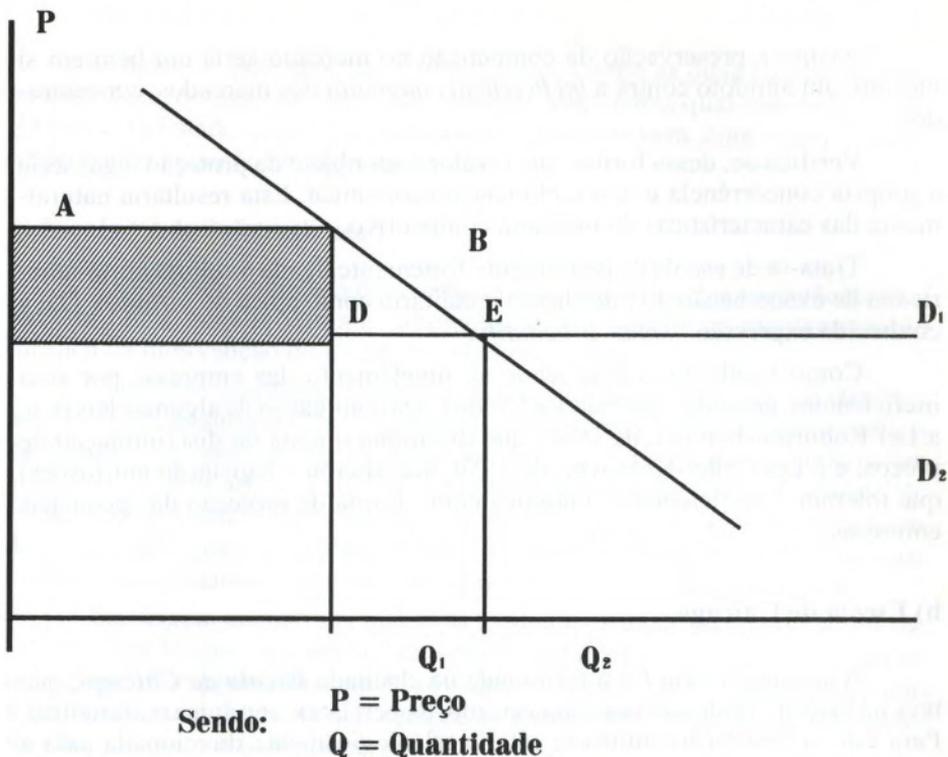
a) Escola tradicionalista ou estruturalista

Segundo a tese tradicionalista, assim chamada por ser calcada nos primórdios da legislação antitruste norte-americana, a defesa da concorrência seria um bem jurídico e econômico em si mesmo, ou seja, um “processo” destinado a coibir condutas abusivas com vistas à preservação da multiplicidade de opções do consumidor e a proteção deste contra preços supra-competitivos. A concorrência, assim, seria valiosa na medida em que promoveria a redução do desperdício no processo produtivo e motivaria a inovação. Para seus adeptos, a própria estrutura do mercado teria o condão de determinar a conduta dos agentes econômicos e, destarte, toda e qualquer forma de concentração econômica seria de certo modo danosa ao mercado.

A apresentação usual, de cunho neoclássico, desse entendimento dá-se através do conceito de *perda de peso morto*. A idéia básica é que qualquer forma de mercado concentrado gera uma perda de eficiência não apropriada por nenhum dos agentes econômicos, sejam produtores ou consumidores. A *racionalite* desse conceito é a seguinte:

Um mercado competitivo é aquele no qual cada produtor individualmente não consegue realizar vendas a um preço superior ao estabelecido pelas condições dadas pela oferta agregada e pela demanda total do mercado. Ademais, como nesses mercados a entrada é livre, esse preço, em condições de equilíbrio, será suficiente apenas para recuperar os custos incorridos, acrescidos de uma margem normal de lucros. Nesse tipo de mercado, a curva de demanda é horizontal, ao nível do preço de equilíbrio, com elasticidade-preço infinita. Já a demanda em um mercado concentrado, caracteriza-se pela existência de algum “poder de mercado” do produtor, expresso pelo *trade-off* entre preços e quantidades, dada pela elasticidade-preço da demanda. Em ambos os casos o equilíbrio ocorre quando os lucros são maximizados, observando-se o princípio da igualdade entre receita e custo marginais.

A representação gráfica da situação de equilíbrio nesses dois mercados é demonstrada no clássico diagrama:



Na figura, D_1 representa a curva de demanda em um mercado competitivo e D_2 representa a curva de demanda em um mercado concentrado. A horizontalidade da curva D_1 indica a completa ausência de poder para fixação de preços das firmas nesse mercado — nenhum produto seria vendido a um preço diferente daquele dado pelo mercado. Já a curva de demanda D_2 indica que ocorre algum trade-off entre preços e quantidades, dado pela elasticidade-preço da demanda, existindo, portanto, espaço para manipulação de preços por parte da firma.

A distância AC é o lucro unitário supranormal auferido pela firma em um mercado concentrado e a área $ABCD$ o total de lucros supranormais. Por seu turno, a distância $Q_1 Q_2$ representa a redução da produção ensejada pela elevação dos preços supracompetitivos.

O argumento básico para a ineficiência congênita das configurações de mercado concentrado é a existência da área triangular BDE , definida *perda de peso morto* (*deadweight loss*). Ao passo que o montante de lucros supranormais é uma transferência do consumidor ao produtor, resultante da concentração do mercado, a perda de peso morto é algo não apropriado por nenhum agente econômico, seja consumidor ou produtor; é apenas ineficiência na utilização dos recursos econômicos.

Assim, a preservação da competição no mercado seria um bem em si mesmo; um antídoto contra a *ineficiência congênita* dos mercados concentrados.

Verifica-se, dessa forma, que o valor a ser objeto da proteção legal seria a própria concorrência e não a eficiência econômica. Esta resultaria naturalmente das características do mercado competitivo.

Trata-se de escola de pensamento fortemente ligada à cultura norte-americana de exacerbação do pluralismo igualitário como ápice do virtuoso. Daí a conhecida expressão "*small is beautiful*".

Como resultado, a tese tende ao nivelamento das empresas por suas ineficiências, gerando, nos Estados Unidos, a promulgação de algumas leis (e.g. a Lei Robinson-Patman, de 1936, que disciplina o tema da discriminação de preços, e a Lei Celler-Kefauver, de 1950, que alterou a legislação antifusões) que toleram a ineficiência econômica como forma de proteção das pequenas empresas.

b) Escola de Chicago

A segunda teoria foi a formulada na chamada *Escola de Chicago*, que teve na lição do Professor norte-americano, Robert Bork, seu ápice mais radical. Para este, a legislação antitruste estaria teleologicamente direcionada para a melhoria das eficiências econômicas e, desse modo, as condutas de mercado somente haveriam de ser tidas como anticompetitivas na medida em que reduzissem tais eficiências.

Em decorrência, a conduta dos agentes econômicos é que seria determinante da estrutura do mercado e toda concentração seria, em princípio, geradora de eficiências, salvo se redundasse na redução da produção e na conseqüente geração de pressões supracompetitivas sobre os preços. O titular do bem jurídico protegido, no caso, seria o consumidor, beneficiário do bem-estar social promovido pela eficiência.

As teorias estruturalista e a da Escola de Chicago têm pontos em comum:

Ambas, como visto, visam à defesa do consumidor contra preços supracompetitivos e levam à aceitação do princípio da eficiência alocativa como propósito primordial da legislação de defesa da concorrência.

De igual modo, as duas teses se preocupam com a minimização do desperdício (a eliminação das chamadas *X-ineficiências* no processo produtivo) e a maximização do bem-estar social.

Por seu turno, a motivação à inovação propugnada pelos tradicionalistas se equipara à eficiência dinâmica no jargão da Escola de Chicago.

Conclui-se, portanto, que a real diferença entre as duas escolas aparentemente antagônicas é de cunho tão-somente ideológico, qual seja, a definição do papel do Estado no domínio econômico, como se verá, com maior clareza, na postura da Escola “Administrativista”.

c) Escola “Administrativista”

A similitude endógena das teorias clássicas promoveu a gestação de uma terceira linha, mais próxima à cultura latina, que resulta na regulamentação jurídica da intervenção do Estado no plano econômico.

Com forte conotação intervencionista e de larga aceitação no Brasil, a teoria reveste as autoridades executoras da legislação de defesa da concorrência de funções de controle da atividade econômica e empresarial, embora em confronto com o art. 174 da Constituição Federal, que limita a atuação do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, às funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Trata-se, portanto, de uma escola cujas proposituras enfrentam, em geral, questionamentos de constitucionalidade.

Sua origem encontra respaldo na inadequada localização do § 4º do art. 173 da Carta Magna, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico no capítulo da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ensejando a antinômica conclusão de que cumpre ao Estado intervir na Economia como forma de garantir a livre concorrência.

Sabe-se que a legislação de defesa da concorrência trata de duas modalidades de políticas: (a) as políticas estruturais, que objetivam a eficiência econômica, a equidade distributiva, o aproveitamento da escala e o crescimento e (b) as políticas de desempenho, que versam sobre temas menos nobres, como a preocupação com os efeitos das anomalias de mercado em contraposição às causas dessas mesmas anomalias. Estas políticas, de desempenho, é que se encontrariam no centro das atenções da teoria “administrativista”, que também poderia ser cognominada de “intervencionista”.

De amplo acolhimento no Brasil, por sua cultura intervencionista, a escola considera a legislação de defesa da concorrência integrada à Política Econômica do Estado. Portanto, as empresas e a competição entre elas seriam apenas instrumentos da Política Econômica.

Sua aceitação em nosso País é de fácil compreensão diante da retrospectiva histórica do tema.

A primeira lei de defesa da concorrência no Brasil (Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938) considerava o assunto uma questão de “segurança nacional”, cujas ofensas haveriam de ser reprimidas pelo, de triste memória, Tribunal de Segurança Nacional (art. 6º). Seguiu-se-lhe a draconiana Lei Malaia (Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, que conferia ao assunto

tratamento exclusivamente administrativo e sumário, com o afastamento do Poder Judiciário, em postura típica de um regime político fechado, ditatorial.

A própria Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, embora promulgada já sob os ventos democráticos da Constituição de 1946, mesclou conceitos intervencionistas de “economia popular” aos de defesa da concorrência (arts. 2º ao 4º). Esta, por sinal, a origem da freqüente confusão estabelecida entre a questão da concorrência e a disciplina das relações de consumo, objeto do chamado Direito do Consumidor.

Posteriormente, as Cartas Constitucionais de 1967 e 1969 consagraram o intervencionismo estatal como fundamento das ordens econômica e social, relegando ao total descaso a aplicação da então vigente Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, em favor de mecanismos fiscais de incentivo e desestímulo. Veja-se, a respeito, os propósitos expressos no 2º PND (Plano Nacional de Desenvolvimento) do período militar.

As teses “administrativistas” ou “intervencionistas”, encontraram seu apogeu infra-constitucional na Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, de curta vigência, que, à guisa de tentativa de inserção da questão da concorrência na seara do Direito Econômico, conferiu um tratamento circunstancial ao assunto, muitas vezes com sacrifício de princípios constitucionais consagrados, como os da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, em favor de uma pretensa flexibilidade e agilidade no magistério punitivo.

Dentre os frutos da escola registraram-se alguns movimentos intervencionistas radicais, tais como a promulgação da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (com uma visão puramente policialesca do assunto) e a atabalhoada tentativa de inclusão, na legislação de defesa da concorrência, do conceito de “aumento abusivo de preços” (art. 21, inciso XXIV, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), que resultou no exercício exógeno de controle de preços pelos órgãos de defesa da concorrência. Tratou-se de um caso típico de desvio de finalidade social, ou seja, de aplicação de uma legislação para fins diversos daquele a que sua natureza intrínseca propõe.

Dela resultaram, mais, as contradições taxinômicas enfrentadas pelos juristas e aplicadores na definição da natureza jurídica da legislação de defesa da concorrência.

d) Resumo

Em resumo, a política de defesa da concorrência deve preocupar-se primordialmente com a eficiência econômica, porque é esta que promove o bem-estar material da coletividade, tendo por instrumento a rivalidade entre as empresas. Esta, como se verá, a tese abraçada pela atual Lei nº 8.884, de 1994, como, aliás, o vestibularmente demonstra o parágrafo único de seu art. 1º.

Porém, na análise econômica das eficiências sob o prisma jurídico, há que se examinar, ainda preliminarmente, dois aspectos: (a) a hierarquia entre as modalidades de eficiências e (b) a mensurabilidade destas.

3. Identificação e avaliação das eficiências econômicas

Como salienta Joseph F. Brodley (*"The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress"*, apud *"Revitalizing Antitrust in its Second Century"*, organizado por Harry First, Eleanora Fox e Robert Pitofsky, págs. 95 e segs.), três também são as espécies de eficiências: (a) inovativa ou dinâmica, (b) produtiva e (c) alocativa.

a) Modalidades e hierarquia

Diga-se, desde logo, que, dentre as modalidades de eficiências, a mais relevante é a inovativa, porque sinônimo de progresso tecnológico. É o motor do crescimento da oferta global real.

É também o progresso tecnológico a forma mais radical de competição entre as empresas. Em seu trabalho clássico (*"Capitalism, Socialism and Democracy"*, 5ª ed., Londres, Allen & Unwin, 1976), J. A. Schumpeter cunha a expressão *processo de destruição criadora* para enfatizar o caráter disruptivo do progresso técnico. É uma incessante destruição e criação de produtos, técnicas, formas de organização da produção etc. que permanentemente redefine as bases da competição nos mercados. É no novo, trazido pela inovação que reside o principal e mais radical competidor de uma empresa instalada. É esse concorrente potencial, desconhecido, que, em última instância, define o comportamento da firma.

Segue-se-lhe, em importância, a eficiência produtiva, que equivale à produção de bens ou serviços a menor custo. Trata-se de uma eficiência que afeta o crescimento do bem-estar futuro, uma vez que os ganhos de produção, a menor custo, são cumulativos.

A terceira, em relevância, ou seja, a comparativamente menos importante, é a alocativa, que se dedica à obtenção do menor preço. Preocupando-se com a maximização da utilidade do consumidor, a eficiência alocativa incrementa o bem-estar social apenas circunstancial e marginalmente, não significando necessariamente uma melhoria do bem-estar geral.

Segundo estudos empíricos realizados nos Estados Unidos por Arnold Harberger (*"Monopoly and Resource Allocation"*, 44 "Amer. Econ. Rev." 77, 84 (1954)), a perda de peso morto, como visto acima, alcançaria aproximadamente um décimo de um por cento do PNB, o que seria um indício da menor dignidade da eficiência alocativa em relação aos ganhos sociais substanciais

produzidos pelas eficiências inovativa e produtiva. Não obstante, contraditoriamente, é aquela que tem merecido a maior atenção dos políticos e executores da legislação de defesa da concorrência, dado que se reflete no bem-estar imediato do consumidor. É, assim, a mais controvertida.

b) Mensurabilidade

Definidas as modalidades de eficiência e seu grau de importância (pesquisa do ser), para os efeitos de aplicação dos diplomas concorrenciais, torna-se imperiosa a determinação de sua mensurabilidade. É com esta análise com que se defronta o executor da norma na busca do dever-ser e na prestação para-jurisdicional de aplicação da Lei ao caso concreto.

A eficiência produtiva é, em princípio, a única passível de aquilatação, porque a mensuração da redução de custos operacionais é facilmente apreciável.

Mesmo assim, não é isenta de dificuldades. Assim, por exemplo, a eficiência produtiva não pode ser medida *ex ante*, mas apenas *a posteriori*. Outrossim, algumas eficiências produtivas, tais como a eficiência de escopo, são extremamente difíceis de serem mensuradas.

Já a eficiência inovativa não admite qualquer cálculo *a priori* dada a impossibilidade de se medir as conseqüências das decisões alternativas sobre inovações.

A eficiência alocativa pode ser medida, mas apenas em tese e desde que conhecidas as variáveis econômicas, tais como, a elasticidade da demanda, o binômio “aumento de preço/redução de produção” etc. Todavia, o conhecimento antecipado das eficiências alocativas requereria uma previsão da demanda, dos custos e dos preços futuros, o que torna a tarefa um simples exercício conjectural em sua essência.

O fato, de qualquer modo, é que nenhuma eficiência pode ser mensurada por antecipação. Apenas por sua visibilidade e pelo imediatismo de interesses políticos é que os aplicadores da legislação de defesa da concorrência, têm dado, erroneamente, prioridade à repressão de condutas que atentem contra as eficiências alocativas (preços) e a atos de concentração que gerem tais eficiências, quando, em princípio, deveriam conferir maior atenção às eficiências inovativa e produtiva, nessa ordem.

A preferência pelas eficiências alocativas, porém, também enfrenta algumas contradições. É que muitas condutas tidas como violadoras da Lei, na realidade, resultam em eficiências alocativas, da mesma forma que muitos atos de concentração são objetados pela simples potencialidade de aumentos futuros de preços em prejuízo das eficiências inovativas e produtivas pós-concentração, que maior proveito trariam à coletividade.

c) Critério de aplicação

Face às dificuldades de mensuração das eficiências, dada sua natureza conjectural, na análise de atos de concentração, antes de obstá-los, deve-se dar maior ênfase às condutas infratoras pós-concentração, porque estas sim tendem a aumentar os custos dos concorrentes, gerando um efeito anticompetitivo nocivo pelo desestímulo que representa aos investimentos em eficiência inovativa e produtiva.

A política antitruste deve conciliar os interesses de maximização da riqueza social (conceito de eficiência econômica) e do consumidor (conceito de bem-estar social). Neste ponto reside a exigência do inciso II do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, que requer que os benefícios dos atos de concentração sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro.

A execução da legislação de defesa da concorrência tende a gerar bem-estar social pelo binômio “menor preço — maior qualidade”.

Mas há exceções à regra: condutas existem que, embora em tese ofensivas à ordem econômica, podem ser potencialmente geradoras de benefícios e bem-estar social. Por exemplo, a discriminação de preços (inciso XII do art. 21 da Lei nº 8.884, de 1994), em princípio resulta no aumento da produção e com isto em uma eficiência alocativa, ao mesmo tempo que transfere a riqueza do consumidor para o produtor. De outra sorte, a divisão de mercados mediante cláusulas de exclusividade, promovem, em tese, menores custos. A cooperação entre concorrentes também o faz e amplia as eficiências econômicas, mas, por outro lado, reduz a participação da coletividade na riqueza social (ineficiência).

Em resumo: na análise econômica, sob o prisma jurídico, há de se conciliar as eficiências econômicas com o bem-estar da coletividade, priorizando-se as eficiências inovativa e produtiva.

Em segundo lugar, é forçoso se reconhecer a insuficiência da eficiência alocativa (preços), não obstante o imediatismo do benefício ao consumidor, a curto prazo. Isto porque o interesse do consumidor não se subordina aos ganhos de eficiência alocativa.

Por último, é de se dar prioridade às condutas infratoras, dada a dificuldade de mensuração das eficiências e pela potencialidade de maior perda social resultante da repressão às eficiências inovativa e produtiva. O *trade off* (escambo social) seria evidentemente desejável, na medida em que as perdas maiores do bem-estar social imediato possam ser superadas pelas eficiências que tenham um efeito multiplicador que favoreça o bem-estar coletivo futuro. Impõe-se o entendimento, notadamente quando ausentes maiores barreiras permanentes ao ingresso de novos concorrentes no mercado, dada a potencialidade da restauração da maior concorrência no futuro.

4. As eficiências no Direito Positivo

a) Sistema constitucional

A Constituição Federal de 1988 confere ênfase à ordem econômica neo-liberal. Ao mesmo tempo, porém, a Carta Magna em vigor é um produto de conflitos ideológicos e de acordos políticos.

Ao mesmo tempo que consagra a livre concorrência como princípio geral da atividade econômica, observado o da livre concorrência, a Lei Maior representa uma proliferação de normas que tendem à rigidez conceptual e ao dirigismo estatal, este com tendências nitidamente liberticidas.

Em outras palavras, a Constituição atual consagra um sistema econômico híbrido, simultaneamente privatista (neo-liberal) e publicista (neo-keynesiano).

De qualquer modo, a Constituição Federal, em sua estrutura, hierarquiza as normas nele contidas. Apresenta, por exemplo, cláusulas pétreas, insuscetíveis de alteração, de que é exemplo a adoção do conceito da livre iniciativa com um dos princípios fundamentais da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal).

Já a ordem econômica, contemplada no *caput* do art. 170 da Lei Maior, tem na livre iniciativa um de seus fundamentos, ao lado (enquanto ordem econômica) da valorização do trabalho humano.

Conclui-se, portanto, que o princípio da livre iniciativa goza de primazia, tendo a livre concorrência como princípio *instrumental* (art. 170, inciso IV). O parágrafo único do mesmo artigo estabelece, em síntese, que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de qualquer autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

O princípio da livre concorrência, assim, subordina-se ao da livre iniciativa.

Na ordem seqüencial de dignidade constitucional, segue-se à livre iniciativa a questão da exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 173). É este artigo, em seu § 4º, que, confusamente, determina a repressão ao abuso do poder econômico.

Graças a esta má-localização do parágrafo (a repressão ao abuso do poder econômico não se coaduna com a exploração direta de atividade econômica pelo Estado) é que, como já dito, tem gerado sofismas constitucionais que chegam e ensejar interpretações “administrativistas” de que seria necessário ao Estado intervir na Economia para garantir a liberdade de concorrência: uma verdadeira petição de princípios ou contradição em seus próprios termos.

Este mesmo espírito intervencionista foi o que, quando da promulgação da Lei nº 4.137, de 1962, motivou manifestações do então Senador Heribaldo Vieira no sentido de que a legislação antitruste seria um instrumento de orientação da estrutura jurídico-econômica anticapitalista!

O fato notório, entretanto, é que o atual sistema constitucional retirou ao Estado a função de controle. É conhecido o acirrado debate travado na Assembleia Nacional Constituinte que levou à explícita exclusão desta função quando da redação do atual art. 174 da Constituição Federal. Por esta, restou estabelecido que ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, cabe apenas exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Em assim sendo, ao invés de uma função de controle, o Estado tem o *poder-dever* de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência. A finalidade da norma constitucional (e, como decorrência, de toda a legislação de defesa de concorrência) é, portanto, unívoca: a defesa e viabilização do princípio instrumental da livre concorrência, que não pode ser utilizado pelo Estado para finalidade diversa, sob pena de desvio de finalidade social.

b) O sistema infra-constitucional

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, também padece das contradições da heterogeneidade constitucional. Contém ela elementos estruturalistas, especialmente no capítulo dos atos de concentração (art. 54), bem como influências intervencionistas (e.g. conceito de aumento abusivo de preços — inciso XXIV do art. 21).

A exegese da Lei, entretanto, como é pacífico, não pode ser feita nem pontualmente, nem literalmente, mas, sim sistemática e teleologicamente.

Sob este enfoque, a Lei nº 8.884, de 1994, abraçou, inequivocamente, a tese de que seu objetivo é a *eficiência econômica*.

De fato, já no *caput* do art. 1º se atesta que a Lei encontra-se orientada pelos ditames constitucionais, dentre outros, da “defesa dos consumidores”, expressão esta, no caso, sinônima do escopo do bem-estar social.

Esta remissão tem gerado equívocos, como se o chamado Direito do Consumidor se confundisse com o Direito da Concorrência ou com este se integrasse. Erroria clara: absolutamente distintas as naturezas jurídicas e os bens jurídicos tutelados pelos dois ramos, embora afins.

No dizer do emérito Professor Robert H. Lande, da Faculdade de Direito da Universidade de Baltimore, Estados Unidos (*apud* “*A Unified Theory of Consumer Sovereignty: Antitrust and Consumer Protection Law Combined*”, inédito, versão datada de 3 de junho de 1996, págs. 70/71), distingue-se uma “violação antitruste”, que pode ser entendida como uma atividade que desrazoadamente distorce ou restringe as opções que de outro modo estariam

disponíveis aos consumidores, de uma “violação aos direitos do consumidor” que pode ser tida como a atividade que desarrazoadamente interfere com a escolha dos consumidores dentre as opções que se lhe oferecem. Diversos também, portanto, os elementos objetivos das condutas infratoras.

Complementando o art. 1º, *caput*, tem-se o parágrafo único, que reconhece ser a coletividade o titular do bem jurídico (concorrência) protegido.

Por fim, o § 1º do art. 20 do mesmo diploma que, expressamente, reconhece que a eficiência do agente econômico, ainda que geradora de monopólio, não resulta em ato ilícito.

Tem-se, portanto, que a hermenêutica do art. 54 e, em especial, de seu § 1º, da Lei nº 8.884, de 1994, deve ser finalística e sistemática, nunca literal, amparada pelos objetivos constitucionalmente estabelecidos (mesmo porque se trata de uma norma infra-constitucional).

Conclui-se, assim, que quando o § 1º do art. 54, citado, estabelece que “o CADE *poderá* autorizar” os atos de concentração de que trata o *caput* do dispositivo, a expressão não pode ser considerada como ensejadora de *controle*, pelo Estado, da atividade econômica ou da conduta empresarial (função banida pela Constituição vigente).

Na realidade, a interpretação sistemática e teleológica de todo o ordenamento jurídico da concorrência exige que o texto sob exame seja lido a *contrario sensu*: o Estado, no exercício de seu poder-dever de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência *não pode deixar de aprovar* o ato de concentração quando atendidos os requisitos indicados no § 1º e não o inverso. Em princípio, o CADE não está autorizado a obstar o ato de concentração na presença das eficiências arroladas, mesmo porque, na hipótese, sua decisão configura ato administrativo regrado ou vinculado.

O ato de concentração que não acarrete nenhum impacto negativo substancial no mercado ou que não tenha maior potencialidade nociva, não poderia, dessa forma, ter sua aprovação negada, ainda quando não apresente as eficiências arroladas no mencionado § 1º. É o caso, por exemplo, das aquisições de controle acionário ou de ativos de empresas em estado falimentar (*failing company*) ou que resultem em alterações meramente marginais da estrutura do mercado (*de minimis non curat praetor*) ou cujos efeitos na concorrência sejam neutros ou quando a operação seja imprescindível para a sobrevivência ou competitividade do agente adquirente.

c) Conclusão

Diante da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, tem-se, em tema de atos de concentração:

a) que a análise econômica deve prevalecer sobre a análise jurídico-formal dos requisitos de eficiência;

b) que a exegese sistemática e finalística da legislação de defesa da concorrência exige uma visão *pro negotio*, porque esta é geradora de bem-estar social e dada a primazia do princípio constitucional da livre iniciativa sobre o da livre concorrência;

c) que as eficiências econômicas devem prevalecer sobre os níveis de concentração estruturais do mercado, notadamente dada a possibilidade de repressão de condutas infratoras pós-concentração;

d) a inexistência legal de comprovação de eficiências como fator adicional (*plus factor*), *sine qua non*, à aprovação de atos de concentração, dada a natureza conjectural daquelas, notadamente quando do ato não se vislumbra impacto anticompetitivo;

e) pelo mesmo motivo, o reconhecimento da fragilidade dos compromissos de desempenho de que trata o art. 58 da Lei nº 8.884, de 1994, que têm natureza meramente facultativa (não há impor compromisso de desempenho quando não haja risco ao mercado), cuja adoção deve ser limitada a questões estruturais específicas reveladas pela análise econômica e nunca para tratar de temas comportamentais;

f) o poder-dever do CADE de aprovar, quando presentes eficiências inovativas e/ou produtivas, os atos de concentração de que não resultem redução da produção e pressões sobre os preços dela conseqüentes;

g) a insuficiência das eficiências alocativas como fator de escambo social (*trade off*); e

h) a consideração de aspectos não-econômicos para a aprovação de atos de concentração, quando ambíguos os resultados da análise das eficiências econômicas (como aliás recomenda o § 2º do mesmo art. 54).