

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

*JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA**

RESUMO

O Direito Econômico, estudado pioneiramente na Faculdade de Direito da UFMG, atinge hoje sua indiscutível maioria. O estudo da análise econômica do Direito se insere no contexto evolutivo do Direito Econômico. Indica-se neste artigo a gênese filosófica e doutrinária da análise econômica do Direito nos Estados Unidos. É inegável hoje a aceitação da tendência de aliar os métodos de estudo da Economia às necessidades regulatórias do Direito. Dentro desse contexto, não se pode omitir a importante contribuição crítica de Richard A. Posner. Raciocínio econômico e raciocínio jurídico se unem na busca da maximização da eficiência e da justiça. Essa aliança não pode ser olvidada na configuração de uma magistratura econômica. No Brasil, o Direito da Concorrência vem assumindo a vanguarda na aplicação dos princípios da análise econômica do Direito às questões de mercado.

PALAVRAS CHAVE: Direito Econômico, análise econômica do Direito

* Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

ABSTRACT

Economic Law having been pioneered at the Law School of the Universidade Federal de Minas Gerais now reaches full maturity. The study of the economic analysis of Law now integrates the evolutionary context of Economic Law. One will find in the present article the philosophical and doctrinal genesis as concerns the economic analysis of Law in the United States. The trend which brings together the approach to the study of Economics and the enforcement needs of Law has undeniably been accepted. In the present context, the important analytical contribution given by Richard A. Posner is not to be overlooked or omitted. Both Economic and Legal reasoning have been brought together in their quest for maximum efficiency and justice. Therefore, this alliance cannot be forgotten as a legal reasoning is set. In Brazil, Competition Law has taken the lead as to enforcing the principles of economic analysis of Law concerning market issues.

KEYWORDS: Economic Law, economic analysis of Law

QUADRO CONTEXTUAL

Antes de adentrar o cerne da questão que me foi proposta para este evento, agradeço aos seus organizadores a oportunidade que me proporcionam para esta manifestação. Recebo com muita gratidão a homenagem que me prestam, mas entendo que, acima desta homenagem pessoal, este seminário deve ser considerado uma comemoração da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Festeja-se o sucesso acadêmico de um empreendimento científico que teve seu nascedouro nos idos de 1970, quando foi lançada e implementada a idéia de um novo ramo do Direito, o Direito Econômico.

Devo registrar a contribuição pioneira do Prof. Washington Peluso Albino de Sousa, bem como a colaboração da Professora Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz e do Professor Rosemiro

Pereira Leal na perseguição dos novos rumos do Direito Econômico. Ressalto também a atitude empreendedora da Professora Amanda Flávio de Oliveira, que liderou a realização deste evento. Devo lembrar também, por uma questão de justo reconhecimento, a colaboração prestada pelos alunos da Pós-Graduação, liderados por Cláudio de Araújo Pinho.

Celebra-se, com toda razão, a maioria do Direito Econômico, cujo cerne é o Direito da Concorrência, seu pleno desenvolvimento e a sua expansão por mais de cinquenta por cento das faculdades de Direito do Brasil. A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, em outubro de 1988, o Direito Econômico passa a figurar no âmbito de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, como consta expressamente do artigo 24, inciso I.

Dando ainda um passo a mais, de significação teórica, política e econômica, o Constituinte faz uma opção clara pelo regime de economia de mercado, nos artigos 170 e seguintes, que devem ser entendidos sempre em consonância com os fundamentos adotados nos artigos 1º e 3º da Constituição. Como consequência dessa opção, altera-se fundamentalmente o papel a ser desempenhado pelo Estado, passando da atitude de intervenção para a de regulação da atividade econômica. Em que pese a crise que atualmente percorre o mundo, tem ela o condão de reafirmar a opção por uma economia de mercado, levando a uma reflexão sobre mecanismos que possam dar-lhe contornos mais eficientes e dinâmicos.

CONCEITO DE ANÁLISE ECONÔMICA

É dentro desse novo contexto estabelecido pelo ordenamento jurídico vigente que nos propomos a dissertar sobre a análise econômica do Direito. Imperativo indagar desde logo a respeito do conceito que temos de análise, informadora da relação entre Economia e Direito.

Para mais fácil entendimento, pode-se buscar o sentido etimológico. *Avá*, que indica movimento para diante e para cima, e *λυσις*, substantivo que indica a ação de desatar, de desamarrar, de libertar, de decifrar. Assim, podemos dizer que análise significa etimologicamente a ação de progressivamente examinar a realidade. Por outro lado, *οικος* (no grego moderno *ήκος*) significa casa, lar, e *νομία* indica regulação. Daí poder-se dizer que “análise econômica” tem o sentido de um exame detalhado, objetivo e real da regulação, da administração doméstica, entendida esta num sentido restrito e num sentido amplo (1).

Schumpeter entendia “*por historia da análise econômica a historia dos esforços intelectuais realizados pelos homens para entender os fenômenos econômicos*” (2). E salienta que essa historia progride não segundo os ditames da lógica, mas o faz em zigzag, sob o império de novas idéias, de novas necessidades, de novas observações, ficando até mesmo sujeita a inclinações e temperamentos de novos homens.

Pode-se mesmo, para tentar uma conceituação de análise econômica, buscar subsídios em Aristóteles, que, distanciando-se do idealismo platônico, adotou uma postura **analítica**, com um procedimento indutivo para formar seu aparato conceitual a partir da realidade.

ORIGEM DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito tem suas origens e seu desenvolvimento nos Estados Unidos, principalmente na Universidade de Chicago, a partir dos anos 60. Mas suas raízes filosóficas

1 ARISTÓTELES. *ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ*, cap. I: “A economia e a política se diferenciam não somente enquanto se diferenciam a família e o Estado (porque tais são os objetos respectivos destas duas disciplinas) mas também por um outro aspecto: a Política é a tarefa de muitos chefes, e a Economia de um só”.

2 SCHUMPETER, Joseph Alois. *Historia del análisis económico*. Barcelona, Ariel, 1994, p. 37.

e jurisprudenciais podem ser buscadas em lugares e tempos mais distantes.

Faz parte de seus fundamentos doutrinários o princípio da maximização da riqueza, e, entendida esta como busca da felicidade e do maior bem estar, somos levados a admitir sua raiz filosófica no pensamento de Epicuro³). Sua filosofia ensina que se deve buscar o maior prazer possível. Mas é uma filosofia essencialmente moral, pois que, para ele, a felicidade não se encontra na busca da sensualidade ou do prazer corporal desenfreado, como a interpretou a posteridade e principalmente o cristianismo.

O pensamento de Epicuro contribuiu para a formação de Jeremy Bentham (1748-1832), filósofo e jurista inglês, que, juntamente com John Stuart Mill, difundiu as idéias do utilitarismo, teoria ética que se voltou contra as idéias do direito natural do século XVIII, caracterizando-se como um movimento do abstrato ao concreto, do idealismo ao materialismo, das concepções *a priori* ao empírico. Caracteriza-se fundamentalmente como um individualismo utilitário. As idéias de reforço do individualismo por ele difundidas serviram de estímulo para o surgimento de uma legislação voltada para a emancipação do indivíduo. Em sua *Teoria da Legislação* procura definir a utilidade como pressuposto da felicidade total:

“O que é conforme à utilidade ou ao interesse de um indivíduo é o que tende a aumentar a soma total de sua felicidade. O que está em conformidade com a utilidade ou com os interesses da Comunidade é o que tende a

3 Epicuro de Samos, filósofo grego do período helenístico, ou seja do século IV a.C. Nasceu em Samos em 341 a.C. O epicurismo opera uma distinção entre os prazeres que são naturais e necessários, como comer, beber, e aqueles que, apesar de serem naturais, não são necessários, como comer uma refeição farta, ou beber muito. Relativamente aos prazeres que não são nem naturais nem necessários, como a procura de poder, de homens ou de riquezas, tais procedimentos só podem trazer instabilidade e desequilíbrio.

“aumentar a soma total da felicidade dos indivíduos que a compõem” (4).

No entender de Bentham, a felicidade deveria ser construída por meio da razão e do direito. A idéia central de seu pensamento era que a criação de um direito adequado levaria os indivíduos a comportar-se de tal forma a alcançar a máxima felicidade. Ele não acreditava na mão invisível, idéia defendida por Adam Smith.

Coincidentemente, este movimento do abstrato para o concreto e da reafirmação do interesse de proteção concreta do indivíduo ocorreu no Direito norte-americano, na passagem de uma tendência de formalismo de idéias para um quadro de sentimento de realismo. A partir de 1870 a jurisprudência norte-americana se caracteriza pelo predomínio de um padrão de idéias, explicitado por um respeito incondicional ao *stare decisis*, pela repetição de princípios e de precedentes, pela obediência a um número limitado de doutrinas e pelo entendimento de que a tarefa do cientista jurídico era a de classificar estas doutrinas fundamentais e de demonstrar sua interconexão lógica (5).

Esta tendência formalista foi combatida por Oliver Wendell Holmes Jr., por Benjamin Nathan Cardozo e por Roscoe Pound. É claro este confronto de idéias no voto vencido de Holmes no caso *Lochner v. New York*, decidido em 1905. Naquela decisão, a Corte declarou que o Estado de Nova York, ao estabelecer a fixação de dez horas de trabalho para padeiros, tinha violado a Emenda número Quatorze:

“O direito geral de realizar um contrato relativamente a sua atividade econômica é parte da liberdade garantida pela

4 *An introduction to the principles of morals and legislation*. New York, Hafner Publishing Co. 1948, p. 2-3.

5 ROWLEY, Charles K., *An intellectual history of Law and economics: 1739-2003*, in *The origins of law and economics: Essays by the Founding Fathers*. Edited by Francesco Parisi, Charles K. Rowley. Cheltenham, E. Elgar, 2005, p. 8-9.

Emenda Quatorze, e isto inclui o direito de comprar e de vender trabalho, exceto aquele controlado pelo Estado no legítimo exercício de seu poder de polícia.

A liberdade de contrato de trabalho inclui ambas as partes nele intervenientes, pois uma tem tanto direito de comprar quanto a outra o direito de vender o trabalho.

Não há fundamento legal, por causa da saúde, para interferir na liberdade da pessoa ou no direito de livre contrato, para determinar as horas de trabalho na atividade de padeiro. Nem pode uma norma limitadora destas horas ser justificada como uma norma de saúde para garantir a saúde pública, ou a saúde dos indivíduos que se dedicam àquela profissão.

A Seção 110 do código de trabalho do Estado de Nova York, que determina que a nenhum empregado será exigido ou será permitido trabalhar em padarias mais do que sessenta horas por semana, ou dez horas por dia, não é o legítimo exercício do poder de polícia do Estado, mas sim uma não-razoável, desnecessária e arbitrária interferência no direito e na liberdade individual de contratar trabalho, e, enquanto tal, conflita com a Constituição Federal, e por isso proibida.

Opondo-se a este formalismo gerador de uma obediência cega a princípios teóricos, Oliver Wendell Holmes Jr., em voto vencido, enfatiza o império da realidade geradora de direitos, a prevalência da situação concreta sobre proposições abstratas:

Mas uma Constituição não tem por finalidade incorporar uma determinada teoria econômica, quer seja paternalista, quer uma orgânica relação do cidadão com o estado quer uma de o *laissez-faire* (198 U.S. 45, - 76). Ela se endereça a pessoas de visões fundamentalmente diferentes, e o fato de acharmos algumas opiniões naturais e familiares, ou uma

novidade, ou mesmo surpreendentes, não deveria levar o nosso julgamento sobre a questão a concluir que as leis que as contemplam infringem a Constituição dos Estados Unidos.

Proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão dependerá de um julgamento ou de uma intuição mais sutil do que qualquer premissa maior. Mas penso que a proposição agora firmada, se for aceita, vai levar-nos muito além do limite. Toda opinião tende a se transformar num direito. Penso que a palavra 'liberdade' na Emenda número Quatorze, é deturpada quando se decide impedir o fluxo natural de uma opinião dominante, exceto se se puder afirmar que um homem racional e leal devesse admitir que a lei promulgada estaria infringindo princípios fundamentais, como entendidos pela tradição de nosso povo e pelo nosso direito. Não será necessário pesquisar muito para mostrar que não pode uma tão radical condenação ser lançada contra a lei que examinamos. Uma pessoa razoável poderá ver nela uma adequada medida relativamente à saúde. Pessoas que não poderiam ser por mim tachadas de desrazoáveis, veriam nela um primeiro passo para a regulação das horas de trabalho..."⁽⁶⁾.

Para Charles K. Rowley, o real significado do realismo jurídico foi o de ter aberto caminho para uma futura aproximação do Direito com as ciências sociais, principalmente com a economia. Esta ligação com as ciências sociais deu ensejo à mudança de postura da Suprema Corte, evidenciada no caso *West Coast Hotel Co. V. Parrish*, decidido em 1937.

6 *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905). 198 U.S. 45. Argued February 23, 24, 1905. Decided April 17, 1905.

Ementa:

“1. A privação de liberdade de contrato é proibida pela Constituição se sem o devido processo legal, mas a restrição ou regulação desta liberdade, se razoável em relação a seu titular e se adotada para proteção da comunidade contra perigos que ameaçam a saúde, a segurança, a moral e o bem estar do povo, tem-se como devida. P. 300 U.S. 391.

“2. No tocante à relação entre empregador e empregado, a legislação tem necessariamente um amplo campo de liberdade para que possa haver uma conveniente proteção da saúde e da segurança, e para que a paz e a boa ordem possam ser promovidas por meio de normas destinadas a assegurar benéficas condições de trabalho e liberdade da opressão. P. 300 U.S. 393.

“3. O Estado tem interesse especial em proteger as mulheres contra contratos de trabalho que, por meio de pobres condições de trabalho, longas horas ou escassos salários, as deixam desamparadas e destroem sua saúde, porque:

(1) A saúde das mulheres está diretamente relacionada com o vigor da raça;

(2) As mulheres são especialmente propensas a ser dominadas e exploradas por empregadores inescrupulosos;

(3) Esta exploração e denegação de um salário vital é não somente danosa para a saúde e bem estar das mulheres afetadas, mas lança um peso direto em sua responsabilidade para com a comunidade;

4. A jurisprudência informa que há um grande número de pleitos por proteção que surgiram no recente período de depressão e ainda continuam em extensão alarmante apesar do grau de recuperação econômica que vem sendo alcançado.

5. Uma lei estadual que estabeleça salário mínimo para mulheres não é uma arbitrária discriminação por não se estender aos homens.

6. Uma lei do Estado de Washington que provê ao estabelecimento de salário mínimo para mulheres, é declarada válida. (7).

O ano de 1937 marca também a retomada da abordagem econômica do Direito que permaneceu adormecida desde Bentham. Steven Shavel coloca a retomada dessa abordagem no ano de 1960, quando surge o artigo de Ronald Coase 'The Problem of Social Cost', publicado quando ainda era professor na Universidade da Virginia (8). Saliente-se, contudo, que a primeira provocação da análise econômica do Direito surgiu com o artigo de Coase "The nature of the firm", publicado ainda na London School of Economics em 1937. Em 1964 passou a lecionar na Universidade de Chicago. Entendia ele, no artigo de 1937, que 'o custo de utilizar o mecanismo do preço era superior ao custo de usar um sistema de comando' (9). No artigo de 1960, mostra-se a preocupação com 'aquelas ações de empresas que tenham efeitos prejudiciais em relação a outras', salientando que 'o problema consiste em evitar o maior dano' (10).

7 West Coast Hotel Co. V. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). Argued December 16, 17, 1936. Decided March 29, 1937.

8 "Curiously, however, after Bentham, the economic approach to law lay largely dormant until the 1960s and 1970s. In that period, Coase (1960) wrote a provocative article on the incentives to reduce harms engendered by property rights assignments..." (SHAVEL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, The Belknap Press, 2004, p. 4.

9 "In view of the fact that, while economists treat the price mechanism as a co-ordinating instrument, they also admit the co-ordinating function of the 'entrepreneur', it is surely important to enquire why co-ordination is the work of the price mechanism in one case and of the entrepreneur in another" (The Nature of The Firm, in *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago Press, 1990, p. 37).

10 "This paper is concerned with those actions of business firms which have harmful effects on others. (...) The problem is to avoid the more serious harm" (The Problem of Social Cost, in *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago Press, 1990, pp. 95-96)

Sua contribuição centrou-se na teoria dos “custos de transação”, concluindo em seu artigo que “sobretudo, temos que levar em conta os custos implicados na forma de realizar as várias organizações sociais (quer seja pelo funcionamento de um mercado quer de um organismo governamental) tanto quanto os custos implicados na passagem para um novo sistema. Ao estudar e escolher entre as diversas formas de organização social, devemos considerar o efeito total. Esta, acima de tudo, é a mudança de abordagem que estou defendendo” (11).

A tendência se firma com maior vigor a partir de 1972, quando Richard A. Posner lança seu livro ‘Economic Analysis of Law’, estabelecendo os princípios basilares da nova corrente de pensamento metodológico do raciocínio jurídico e demonstrando que esta nova forma de raciocínio se aplica não somente ao estudo do antitruste, mas a todos os ramos do Direito, não somente às relações de mercado, mas também às de não-mercado.

Em nossas decisões, que implicam escolhas, agimos sempre racionalmente, mesmo que não conscientemente o façamos. E nessa escolha, seguindo o estímulo ínsito em nosso ser, procuramos maximizar nosso bem estar. A maximização da riqueza, entendida esta não em sentido material de acumulação de bens mas no sentido de criação do maior bem estar possível, é um princípio fundamental a guiar o comportamento do ser humano. Neste ponto, a influência do pensamento de Epicuro e de Jeremy Bentham tem a sua efetiva concretização: o ser humano está sempre à procura do maior prazer, da maior felicidade.

Dois marcos iniciais do movimento metodológico da análise econômica do Direito situam-se em 1960 e 1961. O artigo de Coase (12), como já referido, e o de Guido Calabresi (13) cristalizam

11 The Problem of Social Cost, in *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago Press, 1990, p. 156.

12 The Problem of Social Cost, publicado no número 3 da revista *Journal of Law & Economics*, em 1960.

13 Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, publicado no número 70 da *Yale Law Journal*, em 1961.

as idéias até então germinadas e assinalam seu potencial de desenvolvimento.

Após esta visão histórica, impõe-se inquirir sobre o conteúdo e significado da análise econômica como uma metodologia de trabalho para o Direito.

BUSCA DE UMA METODOLOGIA

Inquestionável hoje a maturidade da tendência de aliar os métodos de estudo da Economia, através de seu contexto conceitual e seus métodos empíricos, com as necessidades regulatórias do Direito. A metodologia adotada no estudo e na regulação das relações de mercado é também utilizada para o tratamento das relações de não-mercado.

No entender de Posner, a Economia é um instrumento que permite uma avaliação crítica do Direito, pois que ela fornece o rigor analítico necessário para o estudo e para a implementação do corpo de princípios, regras e normas que constituem o sistema jurídico (14).

Entendida como uma metodologia a direcionar o raciocínio do jurista, a análise econômica do Direito o leva a privilegiar a discussão de questões concretas. A adequada aplicação da norma somente será possível se os fatos subjacentes forem analisados de forma a apresentar toda a sua vinculação no contexto da realidade. A economia apresenta ao jurista uma ampla e percuciente descrição da realidade.

14 *Economics is a tool*. Observe-se que esta afirmativa não tem qualquer conotação de hierarquização entre a Economia e o Direito. Ocorre entre estas duas ciências a mesma situação existente entre o pensamento e a palavra. Há também aqui uma relação instrumental, pois que sem esta, aquele não se manifesta, não se expressa. O que se afirma é a necessidade vinculativa entre uma e outra ciência.

A CONTRIBUIÇÃO DE POSNER

Em 1972, Richard A. Posner lança a primeira edição de seu livro *‘Economic Analysis of Law’*, sinalizando que nos últimos anos economistas e advogados com tendência para adotar a análise econômica, já estavam utilizando o instrumental empírico da ciência econômica para a melhor compreensão, explanação e interpretação de diversas questões e áreas do direito, enquanto até ali aquele instrumental somente era implementado para explicação de questões antitruste ⁽¹⁵⁾.

Percebendo essa função científica e analítica da realidade foi que Posner introduziu importante correção no texto da primeira edição de seu livro *‘Economic Analysis of Law’*, em que afirmava que *‘a maioria dos estudantes de direito... têm dificuldade para estabelecer a conexão entre preceitos econômicos e problemas legais concretos’* ⁽¹⁶⁾.

Como a missão da Economia não é a de criar preceitos, normas, na terceira edição (1986) muda-se a redação e o conteúdo: *‘a maioria dos advogados e de estudantes de direito ... tem dificuldade para relacionar os princípios econômicos com os problemas jurídicos concretos’* ⁽¹⁷⁾. Assim, ao aplicar o Direito, o advogado dedica-se sempre a explorar o significado da realidade, dentro do contexto cultural e temporal, arrimando-se nos princípios e conceitos fundamentais estabelecidos pela economia e, com base nos pressupostos fáticos devidamente fundados, aplica a norma de Direito.

Posner parte da verificação de que a Economia é a ciência que analisa a escolha racional num mundo em que os recursos são

15 *“In recent years economists, and academic lawyers with a bent for economic analysis, have used the theoretical and empirical methods to illuminate a variety of issues and problems in the law. Formerly law and economics intersected only in the fields of antitrust and public utility regulation”* (Prefácio à primeira edição, 1972, p. IX).

16 *“... most lawyers - and most Law students - ... have difficulty connecting economic precepts to concrete legal problems”* (Primeira edição, p. 1).

17 *“... most lawyers and law students ... have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems”* (Sétima edição, p. 3).

limitados. O homem, dentro desse mundo de escassez de recursos, é um maximizador racional das finalidades por ele pretendidas na vida, salientando que essa racionalidade não significa que aquela atitude seja sempre consciente. Quando esses recursos são utilizados em seu mais elevado valor ou quando qualquer realocação deles não consegue aumentar-lhes o valor, pode-se dizer que estão sendo usados eficientemente.

RACIOCÍNIO ECONÔMICO – RACIOCÍNIO JURÍDICO

Entende-se, pois, por **eficiência** a alocação de recursos na qual seu valor é maximizado, sem esquecer-se de que existe um critério ético que guia as decisões sociais, como veremos ao refletir sobre a aproximação de **eficiência** e **justiça**.

A questão pode reduzir-se a perguntar, numa tentativa de buscar a solução eficiente numa escolha judicial, em que o juiz procura maximizar os recursos à sua disposição, se o raciocínio desenvolvido leva a uma decisão justa e se esta decisão justa é sempre eficiente. O problema se coloca na tentativa de conciliação entre o raciocínio econômico e o raciocínio daquele que deve proferir uma decisão de conteúdo jurídico, quer seja na esfera administrativa, quer na judicial.

Poderemos, pois, focalizar o trabalho daquele que profere uma decisão administrativa, como é o caso das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, assim como o daquele investido de cargo da magistratura. Algumas considerações gerais sobre a convergência desses dois tipos de raciocínios podem extrair-se de uma palestra de STEPHEN BREYER ⁽¹⁸⁾.

Enumera ele sete razões, algumas delas específicas da Suprema Corte, que revelam a dificuldade de congraçamento entre

18 Stephen Breyer (Associate Justice – Supreme Court of the United States). *Economic reasoning and judicial review*, AEI-Brookings Joint Center, Washington, 2003.

o raciocínio econômico e o jurídico. Três delas nos chamam mais de perto a atenção: a limitação do tempo, levando-se em conta o avultado número de processos, a separação entre o conteúdo e a forma, e a natural descrença da novidade.

Quanto à **limitação do tempo**, correlacionado com o volume normalmente exorbitante de processos, há que considerar que uma decisão justa, do ponto de vista jurídico, nem sempre é eficiente do ponto de vista econômico. As decisões que envolvem questões econômicas devem ser proferidas em tempo econômico, ou seja, somente serão eficientes e terão eficácia se ocorrerem com uma limitação temporal insuscetível de delongas. Essa exigência de celeridade não se compadece com a atual morosidade das decisões do judiciário, decorrente certamente da enorme plethora de processos ali em tramitação. Pode-se perguntar, por exemplo, concretamente, quanto tempo tramitará o processo ajuizado pela Nestlé, impugnando a decisão do CADE proferida no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Se o tempo necessário à decisão se pautar pelo andamento normal, de cinco a quinze anos, qualquer que seja a decisão, será ela inócua e ineficaz.

Sob o aspecto processual, lembra JOEL MENEZ que a empresa não se acostuma com decisões lentas. As questões, os litígios decorrentes de relações de mercado, por sua fluidez, por sua evolução constante, não podem esperar por decisões lentas dos tribunais não especializados em matéria econômica ⁽¹⁹⁾. Sob o prisma das relações de mercado, não se entende como uma decisão do CADE, proferida em 1992, relativamente ao processo envolvendo a XEROX, tenha sido julgada em primeira instância em 1999, e atualmente ainda espera uma decisão do Tribunal Regional Federal. Os efeitos sobre o mercado virão certamente muito tarde, se é que haverá efeitos.

19 MENEZ, Joel. Les règles de procédure face aux problèmes économiques (vues du côté de l'entreprise). *Revue Internationale de Droit Économique*, 1997, nº 2, p. 206.

A separação entre o **conteúdo da questão** e os **aspectos formais** do Direito, leva o Judiciário não a verificar se a decisão administrativa é sábia, concretamente adequada e relacionada com a realidade econômica, mas a decidir se a decisão foi “arbitrária”, “caprichosa” ou um “abuso da discricionariedade”. Impõe-se construir o conceito e a realidade de uma magistratura econômica, capaz de tornar viva a convergência entre raciocínio econômico e jurídico.

A terceira razão se refere à **natural descrença da novidade**, pois que se exigem novas abordagens, novas discussões, novas iniciativas com abandono de uma forma de agir já inveterada. Não se pode ter medo das inovações, menos ainda a indolência no enfrentamento das novas idéias e das novas tendências. O Direito de hoje exige uma postura de ousadia, de adoção de novos modelos.

A adoção de um regime de economia de mercado, em consonância com o direcionamento constitucional vigorante no mundo ocidental, realça a correlação entre Direito e Economia. Esta correlação tinha sido já profetizada por OLIVER WENDEL HOLMES, ao afirmar que *“devemos estar avisados da armadilha do arcaísmo, e devemos lembrar-nos de que para nossos fins nosso único interesse no passado se deve à luz que ele lança sobre o presente. Eu antevejo um tempo em que a parte desempenhada pela história na explanação do dogma será muito pequena, e em lugar de uma pesquisa engenhosa nós gastaremos nossa energia num estudo dos objetivos que se pretenda alcançar e das razões para desejá-las. Como um passo rumo a este ideal parece-me que todo advogado terá que procurar **um entendimento da economia**. O presente **divórcio entre as escolas de economia política e de direito** parece-me uma demonstração de quão grande progresso no estudo filosófico ainda está por ser feito”* ⁽²⁰⁾.

Em tom ainda profético, assevera HOLMES que *“no que tange ao estudo racional do direito o homem do direito (the black-letter man)*

20 HOLMES, O.W. The path of the law. *Harvard Law Review*. Vol. X. March, 1897, nº 8. p. 474.

pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre de Economia (21).

O entendimento das relações de mercado passa forçosamente por uma análise econômica de sua estrutura, da atuação das empresas e da regulação do Estado. Não é possível entender estas relações contextuais somente com a utilização de um instrumental jurídico. Os fatos que se desenrolam no mercado exigem, para sua adequada apreensão e, conseqüentemente, para sua transposição para o nível do dever-ser, a adoção de um lógica diferente da jurídica, mas que lhe serve de substrato. A economia é um instrumento indispensável para o direito. E esta afirmativa pode ser esclarecida, se levarmos em conta a correlação entre raciocínio e linguagem. Podemos dizer que esta é um instrumento indispensável para o primeiro, o que não pode ser visto como uma relação hierárquica, mas sim como uma interrelação de coexistência. O raciocínio não alcançaria sua exteriorização e, portanto, a possibilidade de influência para além do ser pensante, se não houvesse a linguagem. Por outro lado, esta não atingiria seus objetivos se não lhe fosse presente um conteúdo, um sentido. Esta mesma correlação é a que se processa entre Direito e Economia.

A apreensão do conteúdo das regras jurídicas é de capital importância para a adequada definição da natureza jurídica ou econômica da magistratura econômica. A substância dessas regras é econômica, sua forma é jurídica. Sua aplicação exige um balanço econômico-jurídico que deve empenhar os juízes e que envolve ainda uma percepção social e política. É esse jogo de busca de um equilíbrio que envolveu os juízes americanos não especializados, na aplicação do direito antitruste por mais de um século. Essa história evolutiva é apontada por BARRY E. HAWK, que a divide em quatro fases:

21 Id., Ibid., p. 469.

“Primeiramente, existe uma forte e séria *tensão* entre o *desejo de certeza jurídica* (isto é, o recurso a regras precisas e previsíveis) e a *análise econômica* de uma questão determinada;

Em segundo lugar, as *mudanças* e os *desenvolvimentos* da *teoria econômica* sugerem ou exigem freqüentemente *mudanças da doutrina jurídica*, o que pode reduzir a certeza jurídica;

Em terceiro lugar, considerações não vinculadas à política de concorrência (tais como objetivos políticos de desconcentração do poder de mercado e de proteção das pequenas empresas) podem significativamente *tornar complexa* a análise judiciária, introduzindo fatores ou objetivos que não são sempre compatíveis com, ou pelo menos que não se acomodam realmente com uma análise econômica;

Em quarto lugar, com o risco de simplificar demasiadamente, os tribunais americanos tiveram a tendência para efetuar um *movimento de balanço* entre dois pólos opostos quanto às regras de interpretação e quanto aos métodos de análise utilizados:

- 1) um exame mais amplo de todos os fatos e circunstâncias que envolvem um acordo ou uma prática particular, compreendidas suas *“finalidades”*, a *“intenção”* das partes, os efeitos sobre o mercado, etc. (por exemplo, as análises da *regra da razão*); e
- 2) regras simples (chamadas *“linhas claras”*), mais fáceis de um ponto de vista administrativo (por exemplo, as proibições *“per se”* relativamente aos acordos que fixam preços entre concorrentes) ⁽²²⁾.

22 HAWK, Barry E. L'objet traité par les magistratures économiques (objet économique ou juridique) – Une perspective américaine. *Revue Internationale de Droit Économique*. 1997, n° 2, p. 135.

MAGISTRATURA ECONÔMICA

Antes de tentar construir o conceito de magistratura econômica, é impositivo que se identifique a existência de um tipo de litígio que exija o pronunciamento de uma magistratura específica. Necessário se faz, pois, inquirir se existe um litígio econômico, no âmbito do Direito Econômico, que se diferencie de outros tipos de litígios, ou de outros litígios econômicos. Grande parte dos litígios entre empresários se resolvem com recurso ao direito civil, ao direito empresarial. Nestes, a percepção do conflito e o alcance da solução não vai além dos interesses interindividuais.

Dentro do contexto do mercado, podemos visualizar diversos tipos de agentes e diferentes relações, que devem ser perfeitamente identificadas para que se faça uma análise correta e se individualizem as diversas formas de normas que devam ser aplicadas. Podemos apresentar os seguintes agentes com as formas relacionais peculiares:

- A. As empresas e as relações internas: as relações entre diretores, fornecedores de capital, trabalhadores.
- B. As relações entre empresas, em que se apresentam as questões contratuais, sem que haja uma influência sobre o mercado.
- C. As relações entre empresas, em que ocorre uma afetação do mercado. O conteúdo dessas relações é de caráter concorrencial.
- D. As relações entre empresas e consumidores, em que ocorrem também duas espécies de contexto. Aquele em que as relações se restringem ao aspecto interindividual, e aquele em que as mesmas relações têm por efeito alterar as relações num plano supra-individual.

- E. As relações entre Estado e empresas, em que se deve também atentar para os diferentes contextos em que estas relações se concretizam.

A magistratura econômica leva em conta tais tipos de relação econômico-jurídica, para centrar-se naquelas que transcendem o conflito individual entre empresários, naquelas que têm uma dimensão que pode ser coletiva, geral ou pública, sim, mas principalmente naquelas que apresentam uma dimensão de **política econômica de organização do mercado**.

Esta é a visão apresentada por PAUL MARTENS, para quem *“um processo e a magistratura que se encarrega de dar-lhe solução se tornam econômicos quando o litígio aplica normas que transcendem o conflito individual entre empresários, porque adquire uma dimensão que pode ser coletiva, geral ou pública. O limite não é sempre seguro: quando um juiz anula certas cláusulas penais, sua decisão repercute sobre todo um setor de atividade econômica. Esta repercussão não é diferente daquela que pode ter toda jurisprudência que se generaliza. Mas não se trata ainda do conceito de uma magistratura econômica. ... Mas é diferente se uma tal decisão pode questionar a maneira pela qual está organizado um setor de atividade econômica. ... O litígio econômico não é, portanto, uma categoria facilmente individualizável, e a definição da magistratura econômica é refratária à aplicação de todo critério orgânico. Ela se caracteriza pelo fato de no raciocínio do juiz aparecer - ou ser negada - uma norma que escapa às categorias do direito comum. Ela pode ser invocada por uma parte, por todas ou por nenhuma. Neste último caso, é porque o litígio atinge a **ordem pública econômica**”* ⁽²³⁾.

A magistratura econômica se confronta sempre com o dilema de aplicação do critério de legalidade e de oportunidade de uma escolha econômica em que se manifesta a preocupação com a adoção de medidas preventivas destinadas a evitar um

23 MARTENS, Paul. Les magistratures économiques: rapport introductif. *Revue Internationale de Droit Économique*. 1997, n° 2, p. 109-110.

“dano potencial ao mercado” ou a de proteção e conservação de determinados interesses econômicos de dimensão de mercado.

Não se pode também deixar de sinalizar a **tensão** que ocorre entre as normas jurídicas, que têm tendência de fixidez, e o mercado que tem em si mesmo a propensão para o movimento e para a mutação constante.

A magistratura econômica tem que levar em conta também o fenômeno da **dispersão do Direito Econômico**, cuja normatividade provém de uma multiplicidade de fontes. Ao juiz incumbe a tarefa de ordenação, de classificação das preocupações e da hierarquia dos interesses, que transcendem sempre os limites da formação universitária estritamente jurídica.

Na concretização de uma magistratura econômica impõe-se a superação da conduta processualista em que impera o princípio dispositivo. O juiz, ao analisar uma questão que transcende interesses individuais e que põe em questão problemas de organização do mercado, não pode ficar somente à espera das informações e das provas fornecidas ou requeridas pelas partes, que jamais trarão informações que não sejam de seu interesse. Impõe-se a adoção de uma postura inquisitória, ou mesmo acusatória. O juiz deve ordenar a produção de todas as provas que sejam necessárias ao conhecimento do mercado. Na concretização desse desiderato é que, por exemplo, o Regulamento 17/62 da Comunidade Européia, já determinava, em seus artigos 11 a 14, que a Comissão tinha poderes para requisitar informações de empresas e de autoridades competentes dos Estados membros. O Regulamento nº 1/2003, que substituiu o Regulamento 17/62, reforça tais poderes, como se vê dos artigos 17 a 22, cominando pesadas sanções quando fornecidas informações inexatas ou quando há negativa de informação.

A legislação brasileira segue os mesmos passos, ao estabelecer, no artigo 26 severas penas para a recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos so-

licitados pelo CADE, SDE, SEAE ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei. E no artigo 26-A fixa penas ainda mais pesadas para quem impedir, obstruir ou de qualquer forma dificultar a realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo.

Uma peculiaridade da instrução processual em casos de aplicação da lei de concorrência se refere à possibilidade da existência de **lobby**. Não existe possibilidade desta figura perante o Poder Judiciário, a ilegalidade é flagrante, a ilicitude mesmo. Mas junto às autoridades administrativas, afirma PAUL MARTENS, esta atitude não gera a mesma repulsa: ela é admitida “*porque é legítimo que as decisões levem em conta os interesses em jogo, porque se admite assim uma regulação de proximidade e uma melhor informação das autoridades. Mas condena-se o lobby oculto: é na transparência que ele deve ser posto em prática para que sejam identificados os interesses em jogo*” (24).

O que esse autor denomina “*lobby*” nada mais é do que a viabilização da participação de todos os integrantes do mercado no processo. Quer em casos de apuração de condutas que possam representar infrações contra a ordem econômica – previstos nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, quer na apreciação de atos de concentração – previstos no artigo 54 da Lei nº 8.884/94 – abrese a oportunidade para que não somente as empresas diretamente envolvidas no processo ali também se pronunciem, na defesa do mercado. Essa intervenção é de suma importância, porque, se as partes envolvidas trazem somente os aspectos que lhes interessam, as empresas intervenientes trazem outras perspectivas que podem dar ao julgador uma melhor visão de contexto do mercado.

Esclarece ULRICH IMMENGA que “o conceito de magistraturas econômicas designa o conjunto das instituições ou órgãos

24 MARTENS, Paul. Le magistratures économiques: rapport introductif. *Revue Internationale de Droit Économique*, 1997, nº 2, p. 122).

estatais que tomam decisões que têm conseqüências ou efeitos econômicos, ou seja, que são de natureza a influenciar o processo econômico ⁽²⁵⁾. Segundo ele, pois, a magistratura econômica é aquela que tem competência (legal, econômica e de conhecimento) para tomar medidas de proteção do livre jogo dos mercados, de tal sorte a garantir uma concorrência efetiva.

Para dar cumprimento e efetividade à competência de organização do mercado o magistrado deve ter poderes legais com uma margem de manobra para tomar medidas que sejam requeridas e suficientes para dar concretude ao princípio da concorrência. Para tanto poderá emanar determinações que modifiquem a estrutura do mercado. Exemplo da efetivação, aliás não contestada, do exercício deste poder podemos ver nos casos julgados pelo CADE, nos processos Kolynos-Colgate e AMBEV. No primeiro, o CADE determinou, dentre outras medidas, a suspensão da marca Kolynos, como forma de compensar o fortalecimento da fusão e como meio de propiciar o ingresso de outros concorrentes no mercado. No segundo, o CADE determinou a venda da marca Bavária a um concorrente preferivelmente um “novo entrante”.

Enquanto é tarefa do Direito Econômico organizar o mercado, corrigindo-lhe as falhas, prevenindo situações de desequilíbrio ou de abuso de poder de mercado, pode-se perguntar em que medida os princípios de administração (*management*) das empresas são levados em conta pelo juiz. Deve-se evidenciar, como sugere J. PAGÈS-GIORDAN, “*como é que o juiz intérprete da norma, está propenso a recorrer a uma perspectiva gerencial quando decide um litígio ou qualifica uma situação e como, às vezes, ele é chamado a desempenhar um papel de administrador nos procedimentos relativos à empresa em crise*” ⁽²⁶⁾.

25 IMMENGA, Ulrich. L'objet traité par les magistratures économiques (Objet économique ou juridique). *Revue Internationale de Droit Économique*. 1997, n° 2, p. 125.

26 PAGÈS-GIORDAN, J. Juge interprète de la norme et juge manager. *Revue Internationale de Droit Économique*, 1997, n° 2, p. 196.

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

Na atuação instrutória e nas decisões dos órgãos de defesa da concorrência, criados pela Lei nº 8.884, de 1994, podemos verificar a importância que se dá ao tratamento interdisciplinar, principalmente da correlação entre Direito e Economia.

Podemos citar três dentre os casos decididos, em que se analisaram as **eficiências** alegadas pela empresas interessadas e justificadoras dos atos de concentração por elas apresentados.

O caso **Ambev**, amplamente difundido pela imprensa, no período de 1999-2000, é um exemplo de aprovação do ato, mas com restrições e submetido a um compromisso de desempenho. Restrições e compromisso impostos pelo CADE tiveram como finalidade impedir prejuízos ao mercado e tornar mais concretas as eficiências alegadas e esperadas daquele ato.

No caso **Brasil-Álcool**, julgado em 2000, o CADE decidiu pela sua desconstituição, pois que não se demonstraram presentes as eficiências alegadas. As circunstâncias desse caso são interessantes do ponto de vista econômico, sociológico e jurídico, ao ficar evidente que as mudanças da realidade tiveram uma forte influência no contexto normativo.

No caso **Nestlé-Garoto**, julgado em 2004, o CADE decidiu também pela sua desconstituição, rejeitando a maioria das eficiências que se alegavam como justificadoras do ato proposto.

A leitura dos votos proferidos nesses casos são uma demonstração da relação concreta entre o raciocínio econômico e o jurídico, mais do que tudo de sua completa adequação.

CONCLUSÃO

Esta exposição pode apresentar como seu desfecho a verificação de três pontos. Pressuposta a adoção de um regime de economia

de mercado, como aceito e determinado pela Constituição Federal, é possível afirmar que esse contexto condiciona inevitavelmente o comportamento das Instituições às quais o Constituinte atribuiu a tarefa de prever, analisar e decidir os conflitos. Assim, impõem-se como conclusões os seguintes itens:

A análise econômica do Direito é hoje uma metodologia plenamente aceita, como forma de conciliar o raciocínio econômico e o jurídico.

Aceita esta afirmativa, segue-se como consequência que deverá haver uma reforma institucional capaz de dotar os órgãos decisórios, quer na esfera administrativa quer na judicial, de condições que possibilitem a aproximação cada vez maior entre uma decisão eficiente e a decisão justa.

O modelo de julgamento adotado pelo CADE, que segue exemplos de órgãos congêneres dos Estados Unidos, do Canadá e da União Européia, deve ser levado em conta pelos órgãos judiciários ao decidir questões estruturais e comportamentais propostas pelo mercado.

Quero finalmente agradecer à direção da Casa de Afonso Pena, na pessoa do Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, às Professoras Doutoras Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz e Amanda Flávio de Oliveira, ao Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, com os quais trabalhei mais diretamente, a todos os Professores e Funcionários desta Casa, e ainda, a todos os alunos, representados pelo Centro Acadêmico Afonso Pena, e de uma forma toda especial, aos alunos da Pós-Graduação e aos alunos presentes, desta e de outras Instituições, que comprovam o interesse que o Direito Econômico vem hoje despertando.

A todos, meu muito obrigado pela atenção.

