

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 8 | n. 3 | setembro/dezembro 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Reflexos do conceito de *workable competition* na doutrina e nos julgamentos do CADE

*Influences of the concept of workable competition in scholarship
and in CADE judgments*

Arno Dal Ri Júnior *

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)

arnodalri@gmail.com

Renata Albuquerque Lima**

Centro Universitário Christus (Brasil)

realbbuquerque@yahoo.com

Recebido: 05/07/2017

Received: 07/05/2017

Aprovado: 14/09/2017

Approved: 09/14/2017

Como citar este artigo/*How to cite this article*: JUNIOR, Arno Dal Ri; LIMA, Renata Albuquerque. Reflexos do conceito de *workable competition* na doutrina e nos julgamentos do CADE. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 433-456, set./dez. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.8708.

* Professor de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Doutor em Direito pela Università Luigi Bocconi de Milão, com pós-doutorado na Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: arnodalri@gmail.com

** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (Fortaleza-CE, Brasil). Professora adjunta do Curso de Direito da UVA. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão. Pós-doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito (UFC) e em Administração de Empresas (UECE). Advogada. E-mail: realbbuquerque@yahoo.com

Resumo

O artigo estuda os reflexos do conceito de *workable competition* elaborado pela Escola Estruturalista de Harvard, fundamentado em ideias de livre concorrência, descentralização, difusão do poder econômico, liberdade de manobra dos pequenos comerciantes e liberdade de escolha do consumidor, na legislação brasileira e nos julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Tal fenômeno pode ser observado já a partir do disposto nos arts. 170, inciso IV e 173, § 4º, da atual Constituição Federal, em que se verifica que o principal corolário do princípio da livre iniciativa é o princípio da livre concorrência, que garante aos agentes econômicos a livre entrada e permanência nos mercados empresariais. Para a efetivação do presente estudo, foi necessária a realização de pesquisa bibliográfica em doutrinas nacionais e estrangeiras, que abordassem a teoria geral do direito antitruste, bem como os textos sobre *Law and Economics*, a título de fundamentação dos escritos. Além disso, foi feita uma incursão nas decisões do CADE, com a finalidade de verificar o seu posicionamento na área concorrencial, e checar se realmente a noção de concorrência viável tem orientado tais decisões.

Palavras-chave: *workable competition*; escola de Harvard; livre concorrência; direito antitruste; julgamentos do Cade.

Abstract

The article studies the influences of the concept of workable competition, developed by the structuralist school of Harvard, in brazilian doctrine and the Administrative Council for Economic Defense (CADE) judgements. This school defends the free competition, decentralization, diffusion of economic power, free market and the consumer's freedom of choice. From this point, this paper uses the concept of workable competition on the Brazilian antitrust law, enabling the competition itself. Therefore, in compliance with the articles 170, section IV and 173, paragraph 4, of the brazilian Federal Constitution, it is clear that the main purpose of the principle of free market is the effectiveness of the principle of free competition, which guarantees economic agents free entry into the market. For this study, it was necessary to carry out bibliographical research in national and foreign doctrines about antitrust Law and texts on Law and Economics, as basis of the work. Also, a research was made on the decisions of CADE, in order to verify its position about the competitiveness, and, paralely, it was checked if viable competition concepts indeed have guided such decisions.

Keywords: *workable competition*; school Harvard; free competition; antitrust law; "CADE" judgments.

Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de *workable competition* nos fundamentos da escola estruturalista de Harvard. 3. Pressupostos do conceito de "*workable competition*". 4. A

inserção do conceito de workable competition na legislação antitruste brasileira. 5. O conceito de *workable competition* nos julgados do CADE. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho aborda os impactos do conceito de *workable competition*, desenvolvido pela Escola Estruturalista de Harvard, no Direito Antitruste, bem como a sua influência nos julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Para tanto, parte-se das análises da Escola de Harvard nas suas origens, em particular quando os expoentes destas sustentam que, na formação e gerenciamento do mercado, deve ser evitado uma excessiva concentração de poder, já que tais fenômenos concentradores induziriam a disfunções que prejudicam o fluxo das relações econômicas.

A livre concorrência deveria, portanto, conforme os estudos realizados pelo grupo de Harvard, ser priorizada. Esta tenderia, pois, a diminuir as perdas e aumentar a inovação. Para os adeptos da referida escola, deste modo, o conceito central de direito antitruste seria a concorrência, e não a eficiência – como pregam os componentes da Escola de Chicago –. Uma concorrência saudável apresentaria como características, portanto, a descentralização, a difusão do poder econômico, a liberdade de manobra dos pequenos comerciantes e a liberdade de escolha do consumidor.

Tais elementos caracterizadores conduzem ao conceito de *workable competition*, também chamada de concorrência viável ou tolerável, indo de encontro às causas das imperfeições de mercado (concentrações de poder). Como resultado direto da aplicação de tal conceito no universo do direito antitruste teria-se o aumento do número de operadores econômicos no mercado, mantendo-o como uma estrutura pulverizada¹.

¹ Por óbvio, a Escola de Chicago, com seus principais nomes Ronald Coase, Judy Bowman, June Baldwin Bork, Richard Posner, dentre outros, contesta o conceito de *workable competition*. Para estes pesquisadores, as concentrações empresariais, manifestadas através dos monopólios e oligopólios, passariam a não serem vistas como um mal a ser expurgado, pelo contrário, os mesmos passam a serem estudados em nível de eficiência e ganho ao público de consumidores, nascendo a definição de eficiência alocativa de mercado ou eficiência econômica.

Posteriormente, será estudado a aplicação deste conceito de concorrência viável na legislação antitruste brasileira e os seus reflexos nos julgamentos do CADE.

2. O conceito de *workable competition* nos fundamentos da escola estruturalista de Harvard

Se fosse possível sintetizar a linha teórica adotada pela Escola de Harvard em uma só expressão, sem dúvida alguma a mais adequada seria aquela cunhada por Ernst Schumacher (1973): “*small is beautiful*”. A notável frase de Schumacher vem utilizada por Roger Van Den Bergh (1993, p. 33) para caracterizar a tendência a fortalecer a proteção individual às empresas proposta pelos pensadores que compunham o núcleo duro da Escola de Harvard de análise do antitrust.

Tal tendência dos teóricos de Harvard vem aplicada, principalmente, através de alguns conceitos básicos, que caracterizam a ação da Escola. O primeiro conceito de grande importância para a compreensão desta doutrina concerne à *Workable competition*². Surgida, pela primeira vez, em 1940, em um artigo escrito pelo economista americano John Maurice Clark, tal conceito nega a validade do ideal da concorrência perfeita³ como modelo

² Como afirmado pela grande maioria dos especialistas na matéria, a Escola de Harvard é famosa por ter assumido como base teórica o princípio da *workable competition*, ao qual é imediatamente associado. Neste sentido, afirma Ulrich Gassner: “*Die Harvard School (u.a. Scherer, Ross, Kantzenbach) orientiert sich am Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (workable competition). Der Wettbewerb soll bestimmten ökonomischen und metaökonomische Leitbildern entsprechen (Verteilungsgerechtigkeit, Konsumentensouveränität, optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität, Dezentralisierung wirtschaftlicher Macht). Anhand dieser normativen Merkmale wird beurteilt, ob bestimmte Marktverhältnisse wettbewerbspolitisch zufriedenstellend sind oder nicht. Der Beurteilung liegt die Analyse von Marktstruktur (market structure), Marktverhalten (market conduct) und Marktergebnis (market performance) zugrunde, wobei man in der Marktstruktur und dem Marktverhalten die kausalen Determinanten des Marktergebnisses sieht*” (GASSNER, 1999, p. 4).

³ Sérgio Varella Bruna (1997, p. 31) descreve a concorrência perfeita como: “No modelo de concorrência perfeita, o produtor é, por assim dizer, um escravo do mercado: incapaz de nele influir, mas por ele absolutamente controlado; forçado a produzir, em conjunto com seus concorrentes, tanto quanto seja possível, a fim de reduzir a escassez ao mínimo, segundo as possibilidades econômicas materiais existentes. Sua remuneração é a menor possível, o mínimo necessário para que ele se mantenha em atividade. Ganancioso, porque procura elevar seu lucro ao máximo, é uma fera enjaulada, enclausurada pelas barreiras intransponíveis impostas inexoravelmente pelo mercado”.

de política econômica⁴. Segundo de Roger Van Der Bergh (1993, p. 17), esta teoria baseia-se no fato de a política da concorrência ser dirigida a eliminar todas as imperfeições, pois estas podem ser neutralizadas por outras imperfeições do mercado. Nesta perspectiva, a persistência das imperfeições não prejudicaria o alcance de um regime concorrencial que funcione de fato.

Também a tutela jurídica prestada à concorrência no mercado único pelo direito da União Europeia se fundamenta de modo amplo no conceito de *workable competition*. Este último foi utilizado nos Estados Unidos como base da teoria dominante até os anos 70 e, daquela realidade, migra também para o campo europeu. No âmbito da tutela da concorrência no MERCOSUL a *Workable competition* surge no panorama através da definição fornecida por Eduardo Vaca⁵, senador argentino e defensor da aplicação das teorias da

⁴ Segundo afirma Ingo Schmidt, John Clark: "(...) selbst hat in seinem 1961 erschienenen Werk 'Competition as a Dynamic Process' seinem ansatz rückblickend als einen Versuch charakterisiert, einen Ausweg aus den negativen Schlußfolgerungen der Theorie des unvollkommenen Wettbewerbs zu finden. Er hielt 1940 workable competition für einen zwar tolerierbaren, jedoch inferioren Ersatz für den reinen und vollständigen Wettbewerb als wettbewerbspolitisches Leitbild. Jedoch bahnte sich mit seiner 'Gegengiftthese' (remedial imperfections) bereits der entescheidende Wandel in der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Marktunvollkommenheiten an. Wenn auf einem Markt mehrere Unvollkommenheiten (im Sinne von Abweichungen von den Modellbedingungen) vorlängen so könne unter bestimmten Konstellationen das Hinzutreten eines weiteren Unvollkommenheitsfaktors den Wettbewerb funktionsfähiger machen. Daß folge aus der Überlegung daß die Merkmale der vollständigen Konkurrenz einen geschlossenen Satz von Bedingungen darstelle, also logisch komplementär sind. Demnach könnten andere Bedingungen auch ihren Vollkommenheitscharakter verlieren, wenn nur eine Bedingung nicht mehr vollkommen ist. In der Theorie des zweitbesten wird daher die Auffassung vertreten, daß bei Vorliegen sog. Marktunvollkommenheiten das Hinzutreten weiterer Unvollkommenheiten eine bessere Annäherung an das Wohlfahrtsmaximum darstellen kann als die Verminderung der existierenden Unvollkommenheiten" (SCHMIDT, 2001, p. 9).

⁵ Mariana Herz e Alejandro Perotti rilevano che l'allora proposta di modifica della legge antitrust argentina (n.º 22.262/80) avanzata dal senatore Eduardo Vaca, era già un tentativo di armonizzare la vecchia legislazione interna argentina con il testo del Protocollo di tutela della concorrenza del MERCOSUL. Nel Parlamento Argentino sono stati proposti, inoltre, otto progetti di modifica della stessa legge – presentati dal Senatore Manfredotti e dai Deputati Flores, Becerra, Baglini, Baylac, Arguello, Albamonte, Parola e Paterson. Vedi a riguardo: HERZ; PEROTTI, 1998, p. 46.

Escola de Harvard na lei argentina⁶, sendo posteriormente citada por ocasião dos debates acerca do conteúdo do protocolo de Fortaleza⁷, em 1996⁸.

Como é possível deduzir destas afirmações, as bases teóricas e doutrinárias, às quais faz referência o pensamento de John M. Clark, tem por objetivo tutelar a liberdade de mercado e a dignidade do consumidor, combatendo modelos de política econômica que possam conduzir à opressão dos direitos e da dignidade da Pessoa Humana. Deste modo, toda a elaboração teórica de Clark, em que a noção de *Workable competition* aparece como um dos elementos centrais se refere a uma iminente necessidade de impedir que, no âmbito econômico, ocorram, seja a anarquia de mercado, seja a intervenção planejadora totalitária do Estado (CLARK, 1948, p. 6 e ss.).

⁶ A definição fornecida pelo senador Vacca foi apresentada na proposta de reforma da lei argentina n.º 22.262/80, que até 1999 regulamentava a Defesa de la Competencia.

⁷ Trata-se de documento firmado entre chefes de Estado dos Estados-partes do bloco de integração regional prevendo normas comuns voltadas a prestar tutela jurídica à concorrência no mercado comum do Sul. Firmado em 1996, até a presente data não foi objeto de processo de incorporação aos ordenamentos jurídicos dos Estados-parte.

⁸ "Se trata (...) de garantizar a los usuarios e consumidores ciertos resultados (...). Este modelo responde a una filosofía simple: *conceder a la libertad de los agentes económicos un valor propio, pero, y sin permitir su completa negación, admitir un posible sacrificio de tal libertad, en función de las circunstancias y de los resultados económicos*". Trata-se (...) de garantir certos resultados aos usuários e consumidores (...). Este modelo responde a uma filosofia simples: conceber à liberdade aos agentes econômicos um valor próprio, porém, e sem permitir a sua completa negação, admitir um possível sacrifício de tal liberdade, em função das circunstâncias e dos resultados econômicos.

Como afirmado há pouco, os pressupostos elaborados por Clark tiveram grande propagação na Escola de Harvard⁹. A noção de direito antitruste, utilizada por esta Escola, refere-se, diretamente, à concepção voltada a fazer com que as normas que disciplinam a tutela da livre concorrência sejam emanadas com o escopo de preservar a concorrência como um processo, freando condutas coercitivas ou de exploração do mercado. Tais normas devem, antes de tudo, preservar o ambiente, conduzindo ao espírito de normal e saudável rivalidade entre concorrentes. Eleanor Fox e Lawrence Sullivan, também expoentes da *Harvard School*, asseveravam, neste sentido, que a livre concorrência deve ser valorizada e tutelada porque: “(...) ela impede que as indústrias potentes abusem dos consumidores com a prática de preços excessivos (e, ao mesmo tempo, também tende a incrementar a ‘eficiência alocativa’ de que os economistas falam)”¹⁰.

⁹ Acerca da Escola de Harvard, faz-se necessário trazer citação de Calixto Salomão Filho (2003, p. 21): “Nos anos 70 operou-se nos EUA um grande embate entre duas teorias estruturais: a chamada “Escola Neoclássica de Chicago” e a Escola Estruturalista de Harvard. A “Escola de Chicago” nasceu nos anos 50, com os trabalhos de um economista chamado Aaron Director. Seu trabalho resumiu-se à aplicação, ainda bastante simplificada, da price theory ao direito antitruste, em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assistemáticos e descritivos. Até meados dos anos 70 essa Escola encontra forte oposição na chamada “Escola de Harvard”, também denominada “Escola Estruturalista”(os principais representantes dessa escola são C. Keyser e D. Turner). Os defensores dessa teoria dão ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para aplicação do direito antitruste. Para esses autores a estrutura do setor determina predominantemente a performance da indústria respectiva. Em uma indústria concentrada as empresas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, know-how escasso e diferenciação dos produtos. Note-se, no entanto, que essa prevalência se dá em um campo bastante específico: o da análise das estruturas. Com efeito, como já ressaltado, as duas teorias supradescritas incluem-se no campo da chamada “organização industrial”. Preocupam-se, portanto, com as estruturas de mercado. Ambas procuram analisar e explicar, de modos diversos, as relações entre as medidas da estrutura industrial (concentração) e os preços e lucros. Para tanto, a primeira (Chicago) dá maior ênfase à eficiência econômica; e a segunda, à existência de condições estruturais de concorrência”.

¹⁰ “(...) it keeps powerful firms from exploiting consumers through excessive prices (and, in so doing, it also tends to increase the ‘allocative efficiency’ about which economists speak)” (FOX; SULLIVAN, 1987, p. 970 e ss.).

A livre concorrência¹¹ deveria ser também valorizada porque tende a reduzir as perdas e aumentar a inovação. Torna-se evidente, portanto, nesta perspectiva, que o conceito central de direito antitruste é a concorrência, e não a eficiência. Para se chegar a tal conclusão parte-se do pressuposto de que do momento em que o direito vem a ser utilizado como fator para o aumento da eficiência alocativa e para encorajar uma eficiência dinâmica ou, ainda, não proíbe as condutas restritivas da concorrência porque estas seriam necessárias para ganhar eficiência na produtividade, a tensão entre livre concorrência e eficiência é largamente ilusória.

Fundamentalmente, os expoentes da Escola de Harvard sustentam que, na formação e gerenciamento do mercado, deve-se procurar evitar uma excessiva concentração de poder. Para isto, partem do princípio de que tais fenômenos concentradores induzam, no mercado, disfunções que poderiam vir a prejudicar o fluxo das relações econômicas.

Os pensadores de Harvard apresentam, então, a sua concepção de poder de mercado com uma visão ampla, que se utiliza de elementos econômicos e jurídicos, mas, também, sociológicos e políticos. O poder de mercado é concebido como uma possibilidade de controle dos fatos e da vida das pessoas – que, em termos econômicos, são chamadas de “consumidores” – presentes em um determinado mercado. Em tal âmbito, estes apresentam as normas antitrustes como fruto do temor de que grandes concentrações de poder de mercado nas mãos de poucas pessoas possam conduzir, de modo artificial, a economia e a vida dos consumidores, transferindo as riquezas, pulverizadas nas mãos da população, aos grandes operadores de mercado. Em termos técnicos, o poder de mercado vem concebido como o poder de aumentar os preços ou de deter a sua normal baixa (seja mantendo um lucro excessivo, seja não controlando os custos, ou ambos os casos), com o escopo de degradar a qualidade do produto ou de limitar as possibilidades de escolha ou, ainda, de determinar o seu stock, quem o fará e quando será feito. Nesta linha de raciocínio, o conceito de poder de mercado inclui, seja o poder de exclusão de outros competidores

¹¹ Na visão de Paula Forgioni (2009, p. 209), “a disputa é, assim, essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. Em verdade, a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros. Pode-se então dizer que a disputa produz externalidade positiva, pois reverte a favor do funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores”.

do mercado, seja o poder de supressão de novas formas de competição. Assim, Eleanor Fox e Lawrence Sullivan (1987, p. 976 e ss.) afirmam que o poder pode resultar do gerenciamento sobre determinadas disponibilidades econômicas, podendo também ser resultado da socialização nos standards tradicionais.

A linha de ação concernente ao poder no mercado é confirmada por François Souty (1995, p. 103), quando este ressalta o fato de a Escola de Harvard, no plano político da concorrência, ter sempre lutado contra tal fenômeno, considerando-o nocivo por natureza à eficácia econômica, devendo, portanto, ser proibido per sé. Neste sentido, é interessante salientar a afirmação de Barry Hawk (1989, p. 12), segundo o qual a teoria econômica de Harvard – fundada em proibições per sé –, vem reforçada por opiniões políticas e sociais favoráveis à descentralização, à difusão do poder econômico, à liberdade de manobra dos pequenos comerciantes e à liberdade de escolha do consumidor.

Como visto há pouco, o modo em que os pensadores de Harvard examinam o papel das normas antitruste, e o seu conceito de poder de mercado, permite que se perceba claramente a influência da teoria desenvolvida por John Clark. Em tal âmbito buscam, antes de mais nada, criar a *workable competition*, combatendo diretamente as supostas causas das imperfeições de mercado – ou seja, as concentrações de poder – e incrementando o número de operadores econômicos.

Ainda na mesma linha de raciocínio, a batalha contra as concentrações de poder econômico deveria ser realizada através de um duríssimo julgamento em relação aos instrumentos tipicamente utilizados para desenvolver este tipo de “política”, ou seja, os cartéis e os monopólios baseados no abuso de posição dominante por parte de uma única empresa.

Sendo assim, os cartéis passam a ser vistos como operações entre diferentes empresas, com a finalidade de obter um acordo sobre o estabelecimento e sobre o controle dos preços comuns. O escopo final de tais operações é a transferência de riquezas dos consumidores aos produtores, prejudicando o funcionamento do sistema nervoso do mercado. Agindo em tal modo, os cartéis tornavam-se obstáculos à livre concorrência

e ao natural desenvolvimento dos mercados, passando a estar em latente contradição com os interesses dos consumidores.¹²

A posição adotada pela Escola de Harvard em relação aos monopólios relaciona-se diretamente ao contexto político vivido pelos Estados Unidos, em que, segundo Eleanor Fox (1986, p. 981) e Lawrence Sullivan (FOX; SULLIVAN, 1987, p. 982 e ss.), existiam normas que disciplinam a matéria dos monopólios devido ao fato de o Congresso dos Estados Unidos sempre ter tido o justo temor de permitir o surgimento de uma “monarquia do comércio” em âmbito federal. O direito que disciplina a matéria da posição dominante no mercado, portanto, de acordo com a opinião dos autores, deveria ser direcionado a tutelar o processo competitivo e a defender os consumidores de práticas restritivas que possam, de qualquer forma, criar obstáculos ao acesso dos consumidores aos produtos desejados.

Ainda neste contexto, um elemento importante que não pode ser deixado de lado é o fato de que um produtor que aplica medidas restritivas à própria produção pode demonstrar estar em posição dominante no mercado, mas não necessariamente tal ato, por si mesmo, deve ser definido como ilícito. A subsistência do ato ilícito se verifica no momento em que aquele que é – ou que quer estar – em posição dominante, em razão das restrições aplicadas à própria produção, gera danos para os próprios concorrentes.

As restrições verticais passam a ser vistas, então, como condutas que, frequentemente, apresentam como consequência a redução da livre concorrência. Por isso, as normas que tutelam a concorrência devem ser claramente dirigidas a favorecer uma política de preços baixos, combatendo qualquer tipo de exploração ilícita do mercado através das restrições verticais. Proibindo as acima mencionadas restrições, tais normas favorecem a abertura de ulteriores canais para descontos na cadeia de produção. Fazendo assim, tendem a valorizar a independência e o acesso dos operadores econômicos ao mercado. Tudo isso se reflete em benefícios diretos ao consumidor, de fácil constatação na possibilidade de escolha dos produtos, a diferentes preços e qualidade (FOX; SULLIVAN, 1987, p. 98 e ss.; FOX, 1981, p. 1182; SCHERER; ROSS, 1990, p. 78 e ss.).

¹² Um exemplo claro de tal dano é aquele realizado pela OPEP, o cártel internacional do petróleo: “*As the OPEC cartel reminds us, cartels can last and they can continue to do damage for decades. Moreover, cartels can do significant harm even when they last for relatively short periods. The law should treat them harshly*” (FOX; SULLIVAN, 1987, p. 982 e ss.).

Do ponto de vista doutrinário, Philipp Areeda e Donald Turner (2002, p. 98), também componentes da Escola de Harvard, ofereceram à academia uma importante contribuição que resume, em poucas palavras, o que é a Escola de Harvard e como esta última propõe-se na análise da tutela da concorrência. Tal texto foi publicado em 1978 na obra "Antitrust Law", em que o mesmo trata das finalidades de um poder descentralizado, em que este oportuniza várias chances de empreendimentos, garantindo uma eficiente competição.

Em um último olhar aos fundamentos teóricos e doutrinários de tal escola, é de particular interesse uma espécie de “declaração de princípios” apresentada pelos estudiosos Eleanor Fox e Lawrence Sullivan¹³, declaração que pode ser definida como uma síntese do “Credo” de Harvard.

3. Pressupostos do conceito de “*workable competition*”

Constituindo-se como um dos corolários da teoria elaborada pela Escola estruturalista de Harvard¹⁴, o conceito de *workable competition* se baseia em ideias como “concorrência perfeita”, “concorrência imperfeita” e “concorrência praticável”.

Na “concorrência perfeita”, segundo os autores de Harvard, presencia-se um grande número de vendedores e compradores inseridos em um único mercado, com condições iguais de conhecimentos e técnicas de

¹³ “We believe in the competitive ethic. We see individuals who participate in our economic system not as pawns driven by the economics forces, but as feeling, choosing human beings who can improve their lot by participating in the economic enterprise. We do not believe that a system of competition, complemented by antitrust, tends inexorably to produce the all powerfull, exploitative monopolist”. “Nós acreditamos na ética competitiva. Nós vemos os indivíduos que participam do nosso sistema econômico não como peões de xadrez conduzidos pelas forças econômicas, mas como seres humanos com sentimentos e com capacidade de livre escolha que podem aprimorar-se, participando da iniciativa econômica. Não acreditamos que um sistema de competição, complementado pelo antitruste, tenda, inexoravelmente, a produzir a mentalidade de toda onipotente exploração monopolista” (FOX; SULLIVAN, 1987, p. 963).

¹⁴ Sensato posicionamento de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2012, p. 65) acerca da Escola de Harvard: “A Escola de Harvard, também denominada escola estruturalista, posiciona-se contra a concentração de poder de mercado. Para essa escola, é importante evitar as excessivas concentrações de poder no mercado, porque podem gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas. Busca-se, desse modo, um modelo de *workable competition*. Assim, o modelo recomendado por essa escola defende a manutenção e o aumento do número de agentes econômicos no mercado, mantendo-se a estrutura pulverizada. Acredita-se que assim as disfunções no mercado serão evitadas”.

produção. Pode-se afirmar que possui como características a atômidade do mercado, caracterizando-se este como a grande quantidade e equivalência dos competidores; as informações são fluidas entre vendedores e compradores; há a plena liberdade concorrencial, significando a livre entrada e saída no mercado.

Diferentemente do que ocorre com a “concorrência imperfeita” em que há estruturas monopólicas ou oligopólicas. Nestas, o preço é imposto pelo poder dos monopólios ou oligopólios, em vez de ser estipulado pela livre concorrência e pela lei da oferta e da procura, evidenciando, portanto, a supremacia econômica oriunda das estruturas de monopólio e oligopólio. Nessa linha de raciocínio, Fábio Nusdeo (2005, p. 269) evidencia a “concorrência imperfeita” a seguir descrita: “Como compradores e vendedores não se encontram atomizados nem atuam exclusivamente em função dos preços, objetivamente fixados por um mercado único, a procura não se apresenta fluida, mas viscosa, ou seja, determinados consumidores estão jungidos a determinados fornecedores (...)”

Já a “concorrência praticável” ou a “concorrência viável” ou também denominada de “*workable competition*” apresenta um número elevado de agentes econômicos, liberdade para os concorrentes e os consumidores, distinções equilibradas na qualidade e preço dos produtos ofertados, defendendo, portanto, a inexistência de uma concorrência perfeita.¹⁵ Nesse contexto, as políticas direcionadas à defesa da concorrência teriam como finalidade conservar o livre mercado. A corrente estruturalista de Harvard, que defende a “concorrência viável” ou “*workable competition*”, analisa o funcionamento das estruturas dos mercados, tendo como base a relação denominada estrutura-conduta-desempenho (ECD).

A ideia foi inicialmente disseminada pelo economista J. M. Clark em 1940, quando defendeu que a finalidade da política econômica deveria ser proporcionar a “concorrência viável” ou mesmo “tolerável”, não necessariamente perfeita, tendo em vista a impossibilidade de esta existir no

¹⁵ Nesse sentido, Paula Forgioni (2005, p. 169-170) defende: “Em linhas gerais, a Escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se um modelo de *workable competition*. Essa questão, por sua vez, está relacionada com o problema do número de agentes econômicos atuantes em determinado setor da economia. O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado, sendo a concorrência buscada como um fim em si mesma. Dessa forma, mantém-se a estrutura pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado. A frase *small is beautiful* pode identifica-se com a tese que defendem”.

mercado real. Clark, deste modo, estipulou critérios para auferir se a concorrência era viável causando uma série de revisões e propostas contrárias.

Os critérios estipulados são vários e amplos, não havendo consenso sobre o que poderia constituir uma concorrência efetiva ou viável. Entretanto, mesmo com a falta de consenso na literatura, a ideia tem sido muitas vezes utilizada em aplicação na legislação antitruste e na análise de políticas públicas, como um método para medir e garantir níveis adequados de desempenho competitivo em mercados que não podem ser estruturados idealmente. Portanto, ultimamente, a maior parte dos órgãos que administram a política de defesa da concorrência, ou política antitruste, em vigor, empregam o conceito de concorrência viável.

Desse modo, o conceito do "*workable competition*", ou "competição viável" pode ser compreendido como a situação que delinea as condições para o melhor resultado, levando-se em consideração níveis de eficiência e bem-estar econômico e social. Dentro desse conceito, as características do mercado competitivo não são virtudes, mas ao contrário, tenta aproximar um mercado estruturalmente imperfeito às condições do mercado competitivo.

Ao proporcionar uma concorrência praticável (*workable competition*), essa relação (ECD) deverá ser melhor entendida. Em se tratando de sua estrutura, deve ser levado em consideração o quesito barreiras à entrada, tecnologia, o grau de concentração da oferta e da demanda. Já a conduta, devem ser analisadas as posturas dos agentes econômicos, e, por último, o desempenho está diretamente ligado aos resultados advindos do mercado como resultante da estrutura adotada e conduta realizada (VISCUSI; VERNON; HARRINGTON, 2005, p. 62).

A *workable competition* se fundamenta, deste modo, na ideia de uma eficiência econômica e social, tendo por base o direito antitruste¹⁶, que possibilita a efetivação da concorrência. Paula Forgioni (2013, 165) relata

¹⁶ "A legislação antitruste é um conjunto de regras e instituições cujo objetivo é proteger a concorrência, concebida como princípio de base da ordem econômica, declarando ilícitas as práticas e contratos que a restringem – denominados pela legislação brasileira de abuso do poder econômico. A política antitruste limita o exercício da liberdade de concorrência entre empresas, objetivando prevenir a destruição da própria concorrência. Procura manter a condição de igualdade entre concorrentes e resguardar os interesses dos consumidores, mediante a prevenção de delitos e punição dos infratores" (CUÉLLAR; MOREIRA, 2004, p. 37).

sobre a importância do direito antitruste para efetivação da concorrência empresarial, informando que para que a lei da oferta e da procura se manifeste de forma livre, alguns requisitos deverão estar presentes, como por exemplo, a não existência de economias de escala, dentre outros tão importantes para o direito concorrencial.

A referida concorrência encontra-se inserida em uma ambiência de falhas do mercado. Pode-se exemplificar tais falhas de mercado como os monopólios e oligopólios, externalidades¹⁷ ou custos de transação¹⁸, além das crises cíclicas do capitalismo. Justifica-se, portanto, a presença da autoridade estatal atuando através de políticas públicas e editando regras antitruste, tendo a finalidade de viabilizar a livre concorrência no mercado.

4. A inserção do conceito de *workable competition* na legislação antitruste brasileira

¹⁷ “As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incomensurados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço. E, assim, o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas” (NUSDEO, 2015, p. 124).

¹⁸ “No que tange ao estudo do mercado e das suas possíveis configurações a nova teoria institucional é dominada pela preocupação com os chamados “custos de transação”. O estudo original e clássico a respeito desses custos foi feito pelo economista norte-americano Ronald Coase, que, em trabalho que lhe valeu o Prêmio Nobel de Economia, os definiu e descreveu. A criação da teoria dos custos de transação não faz dele, no entanto, um institucionalista. Nele, marcada ainda é a influência do dogma neoclássico da eficiência. Essa teoria foi desenvolvida e ganhou sua forma atual na obra de Oliver Williamson. Os custos de transação são definidos como aqueles custos necessários para realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa. Cite-se como exemplo a matéria-prima comprada de um fornecedor no mercado, ao invés de produzida pela própria empresa. Esses custos consistem basicamente na incerteza que caracteriza as relações de mercado (que se estendem desde os preços até a natureza e características do produto a ser fornecido) e no fato de que as transações são realizadas frequentemente com pequena possibilidade de escolha, sendo limitado o número de compradores” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 28-29).

Além dos arts. 170, inciso IV e 173, § 4º, da atual Constituição Federal¹⁹, que tratam da ambiência política a qual se vivencia de um Estado regulador da Ordem Econômica e do Regime Concorrencial, foi publicada a Lei no. 8.884/94, hoje não mais em vigor, considerada muito importante na repressão do abuso do poder econômico. Posteriormente, foi editada a Lei no. 12.529, de 30 de novembro de 2011, denominada de atual lei de defesa da concorrência, destacando-se como norma de controle preventivo dos atos de concentração.

Desse modo, pode-se afirmar que a Lei no. 12.529 mantém os fundamentos da Lei no. 8.884 de 1994, excluindo, de forma excepcional, como por exemplo, a Secretaria de Direito Econômico do sistema legal e, como foi relatado acima, implantando um controle preventivo dos atos de concentração.

Portanto, através de mandamento constitucional, o Estado poderá regular a ordem econômica, tendo como finalidade proteger o mercado, bem como seus consumidores de infrações, proporcionando, dessa forma, uma efetiva concorrência empresarial. E o ente estatal realiza tal tarefa, não apenas ditando as regras mínimas para que o mercado funcione livremente, mas atua também analisando os atos de concentração, bem como reprimindo atos de abuso do poder econômico através do sistema de aplicação de sanções aos agentes econômicos, por meio do CADE²⁰, autarquia encarregada em zelar pela livre-concorrência e a punir infrações e condutas anticompetitivas.

¹⁹ Sobre o papel do Estado regulador, diante do atual texto constitucional, Renata Albuquerque Lima (2014, p. 34) sintetiza nas seguintes palavras: “A Constituição Federal de 1988, no que respeita, principalmente, aos arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, confere outra finalidade ao exercício da atividade econômica, qual seja o atendimento, em paralelo ao lucro, dos direitos e garantias fundamentais, bem como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Trata-se da verificação da dimensão socioeconômica da iniciativa privada, bem como de sua capacidade de promoção do bem-estar social, ou seja, é a reversão da obtenção dos proveitos para também beneficiar a coletividade, seja no investimento em infraestrutura, modernização e universalização do serviço público, diminuição das desigualdades etc.”.

²⁰ Dentre as várias funções exercidas pelo CADE, podem-se destacar as seguintes, conforme lição de Leonardo Vizeu Figueiredo (2010, p. 221): “Outrossim, a atuação dos órgãos de defesa da concorrência subdivide-se em três vertentes: a) o controle de estruturas de mercado, via apreciação de fusões e aquisições entre empresas (atos de concentração); b) a repressão a condutas anticompetitivas; e c) a promoção da cultura da concorrência, conforme veremos pormenorizadamente”.

Dessa forma, apesar das várias atribuições direcionadas ao CADE, não se pode afirmar que a Lei no. 12.529/11 seja resultado de um contexto econômico intervencionista. Como já afirmado anteriormente, a atual Constituição Federal consagra a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, não dando margem, portanto, a uma maior intervenção do CADE na economia, embora a atual legislação tenha-lhe direcionado várias tarefas, dentre elas a análise prévia dos atos de concentração, e não apenas feita a análise posterior, como era no sistema passado. (art. 88, § 2º da Lei no. 12.529/11).

A competição intrínseca à livre concorrência necessita da descentralização de coordenação como fundamento para formação de preços, o que dá ensejo à livre iniciativa e à apropriação privada dos bens de produção. Como a concorrência provoca a existência de preços mais baixos, não deixa de ser um meio relevante de proteção ao consumidor. Busca-se uma sociedade equilibrada, com o surgimento de extratos intermediários entre os grandes e pequenos produtores.

Assim, tanto a atual Constituição Federal brasileira, como também a vigente lei antitruste, não perseguem apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico, mas, pelo contrário, busca-se atingir um modelo eficiente de concorrência, condizente com as imperfeições do mercado, através da aplicação das normas jurídicas e das instituições pelas quais foram criadas. Esse modelo de concorrência viável ou efetiva (*workable competition*) implica uma noção dinâmica, contrariando o modelo estático tradicional.

5. O conceito de *workable competition* nos julgados do CADE

Preliminarmente, parte-se da necessidade da análise de julgados do CADE, no sentido de averiguar a sua fundamentação, bem como a aplicação do conceito de concorrência, verificando a presença ou não do conceito de *workable competition* em seus conteúdos.

Nessa perspectiva, foram selecionados alguns arestos que serão comentados no presente tópico. No primeiro arresto, foram apreciados sete atos de concentração, não apenas em razão da metodologia utilizada pela Secretaria de Direito Econômico, mas que levou em consideração a identidade entre mercados relevantes e as alterações da estrutura concorrencial geradas. Trata-se de julgado envolvendo a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Siderúrgica Nacional. Veja-se:

ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 08012.005226/2000-88

Requerentes: Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, CSN Steel Corp, Elétron S/A, Litel Participações SIA e Valepar S/A.

ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 08012.005250/2000-17

Requerentes: Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, Caixa da Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, Companhia Siderúrgica Nacional - CSN, Docepar S/A, Majoli Participações e Comércio Ltda., Textília S/A e Vicunha Siderúrgica S/A.

ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 08012.000640/2000-09

Requerentes: Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e Mineração Socoimex S/A.

ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 08012.001872,2000-76

Requerentes: CVRD e S/A Mineração de Trindade - SAMIITRI

ATO DE CONCENTRAÇÃO n°08012.002838/2001-08

Requerentes: CVRD e Ferteco Mineração S/A

ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 08012.002962/2001-65

Requerentes: CVRD, Cayman Iron Ore Investment Lt. e Mitsui Lt.

ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 08012.00647212001-38 . Requerentes: CVRD e Belém Administração e Participações Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Vilas Bôas Cueva

EMENTA: Atos de Concentração. Análise conjunta de sete operações distintas - conexão. Descruzamento societário da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e aquisições de mineradoras pela CVRD. Mercados relevantes na dimensão produto: a) granulado, b) sinter feed, e) pelotas, nos mercados de minério de ferro, d) serviços de transporte ferroviário para minério de ferro, e) serviços portuários para minério de ferro e f) produtos siderúrgicos. Mercado geográfico: Região Sudeste, para todos os mercados relevantes. Presença de efeitos anticoncorrenciais. Complementaridade entre matéria concorrencial e regulatória. Adoção de medidas reparadoras estruturais. Princípio da intervenção mínima. Aprovação com restrições.

Pela ementa acima transcrita, verifica-se uma análise conjuntural que desembocou na restrição de operações entre as empresas Vale do Rio Doce e Companhia Siderúrgica Nacional, por caracterizar “efeitos

anticoncorrenciais”. Em miúdos, foram estipulados critérios de racionalidade para aplicação do direito concorrencial. Foram levados em consideração a proteção do sistema concorrencial e a proteção dos consumidores.

Depreende-se que a decisão, a partir de uma visão do sistema concorrencial em conjunto com uma leitura do mercado consumidor, considerou a concorrência prejudicial, o que poderia impactar negativamente na economia, uma vez que poderiam ser praticados preços módicos, fato este que poderia levar empresas concorrentes à bancarrota.

A eficiência é um critério relevante para a aplicação do direito antitruste, que possui como valores fundamentais a conservação da liberdade de concorrência e a repressão ao abuso de poder de mercado. Nesse sentido, o direito antitruste surge para reprimir falhas de mercado, definindo as regras do jogo que possibilitam a existência desse mercado. E, para auferir tal finalidade, como não há concorrência perfeita, o direito antitruste orienta-se pelo modelo de uma concorrência praticável ou viável, ou também denominada de *workable competition*, na pressuposição de que as forças de mercado, com as restrições que lhe são impostas pela legislação concorrencial, alcançarão melhores resultados. Tal concorrência praticável ou *workable competition* sugere ao operador de mercado levar em consideração aspectos práticos da concorrência realmente existente, e não

somente variáveis hipotéticas. É nesse sentido que tal expressão é tratada no voto do relator, Conselheiro Ricardo Vilas Bôas Cueva²¹.

O princípio da intervenção mínima, descrito na referida ementa, tem como fundamento a Constituição Federal, carta que rege a proteção da concorrência, mais precisamente seu art. 170, que estipula os princípios gerais aplicáveis à ordem econômica, dentre eles a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V), assim como aquele princípio concorrencial, e, por fim, o princípio relativo à repressão ao abuso do poder econômico, previsto no § 4º do art. 173, que diz: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Fazendo uma interpretação do princípio da intervenção mínima, verifica-se uma atuação branda do Estado, no sentido de que a defesa da concorrência seja considerada uma garantia institucional, presente na atual Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de regras de cunho eminentemente negativo ou defensivo, no sentido de proteger o cidadão

²¹ Há também, por certo, razões para relativizar a defesa da concorrência enquanto fim em si, como os ganhos advindos de economias de escala e, em linha com o argumento schumpeteriano, os incentivos à inovação tecnológica associados à capacidade de investimento em pesquisa e à concentração econômica. Daí falar-se, na literatura norte-americana, em *workable competition*, ou *concorrência praticável*, como critério regulador do exercício do poder de polícia estatal. Trata-se de um conceito indeterminado, que não exclui uma certa subjetividade, mas que, não obstante, permite ao analista levar em consideração aspectos práticos da concorrência realmente existente, e não apenas variáveis hipotéticas. Do ponto de vista comportamental, por exemplo, é possível identificar, com base nesse conceito, ainda que se reconheça a relativa fragilidade da análise comportamental, indícios de concorrência não desejável quando se verificam: a) lucros persistentemente acima dos níveis de retomo de investimento habituais; b) tamanho de muitas empresas grandemente acima da escala ótima; c) excesso de capacidade crônica; d) excessivos custos de vendas; e e) demora persistente na adoção de mudanças técnicas tendentes à redução de custos ou persistente supressão de mudanças nos produtos que poderiam beneficiar os consumidores. Do ponto de vista estrutural, deve-se observar o número e o tamanho dos produtores, bem como as barreiras à entrada no mercado relevante. E que, a cada aumento no número de empresas, diminui a possibilidade de colusão entre elas, na medida em que crescem exponencialmente as dificuldades de coordenação e de vigilância. Como acentua Areeda, “cada aumento no número de empresas também aumenta a probabilidade de aparecimento de um *mczverick*, que se recusa habitualmente a seguir decisões coletivas. Finalmente, porque pelo menos a participação de mercado de alguém é reduzida, cada aumento no número de empresas tende a diminuir a sensibilidade de todas quanto à sua interdependência mútua. Cada empresa é induzida a levar em menor conta o efeito de suas ações sobre seus rivais. Assim, em princípio, outras condições sendo iguais, quanto mais empresas, melhor” (grifos e destaque do subscritor).

contra desrespeitos a seus direitos pelo ente estatal, mas, na realidade, o que se pretende é uma ausência do Estado (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 108).

E, por último, analisa-se outro ato de concentração, em que se refere às empresas 3M, EMFI e SAPO, tendo estas firmado contrato de compra e venda, tendo como finalidade a aquisição integral pela primeira de todas as ações emitidas e em circulação das duas últimas, conforme consta da ementa abaixo:

ATO DE CONCENTRAÇÃO n°. 08012.007979/2008-85

Requerentes: 3M Company, EMFI S/A e Sapo S.A.

Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

EMENTA: Ato de concentração. Aquisição pela 3M da totalidade do capital social da EMFI e da SAPO. Faturamento da Adquirente, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões. Hipótese prevista no §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Rito sumário. Pareceres favoráveis da SEAE, da SDE e da ProCADE. Aprovação sem restrições.

Após a operação ter se concretizado, a 3M ou uma de suas afiliadas se tornará a única acionista da EMFI e da SAPO. A operação envolve o mercado de selantes e adesivos industriais em âmbito mundial. A aquisição representará um acréscimo às linhas de adesivos e selantes já comercializados pela 3M, produtos que antes ela revendia, e que passa ter condições de fabricar.

Com base na pesquisa de mercado realizada na análise de outro ato de concentração (AC no. 08012.011412/2007-22), a SEAE atestou que as empresas possuem uma participação pequena anteriormente à operação, que representará um acréscimo inexpressivo de poder de mercado ao Grupo EMFI. Assim, conclui-se que a presente operação não se mostra capaz de suscitar preocupações concorrenciais com relação ao mercado de adesivos como um todo.

6. Conclusão

O presente trabalho analisou o processo como se contextualiza o conceito de “*workable competition*” no âmbito dos estudos realizados pelos membros da Escola estruturalista de Harvard e como tal conceito foi inserido

no universo jurídico brasileiro, de um modo mais tímido na legislação antitruste, e, de forma mais evidente, nos julgados do CADE.

Verificou-se no presente *paper*, portanto, que a aplicação do conceito de “*workable competition*” encontra-se entre os fundamentos do direito antitruste brasileiro, dando azo para a efetivação da livre concorrência no mercado. Neste sentido, serão os arts. 170, inciso IV, e 173, parágrafo 4º, da atual Constituição Federal, em particular, a reportarem que o corolário básico do princípio da livre iniciativa é a livre concorrência, que garante aos agentes econômicos a livre entrada e permanência nos mercados empresariais. Entretanto, de acordo com a atual Constituição Federal, a livre concorrência não se afigura como um fim em si mesma. Neste caso, subsiste uma colisão em relação ao que vem defendido pelos adeptos da Escola de Harvard nos seus escritos. A Constituição da República de 1988, neste sentido, atribuiu um caráter meramente instrumental à proteção da concorrência como forma de efetivar a todos uma existência digna, de acordo com os postulados da justiça social. Em outras palavras, ao emanar o texto constitucional em vigor, o legislador pátrio fez uma clara opção por submeter o princípio da livre concorrência aquele da dignidade humana, este último não levado em consideração em sentido estrito pelos pressupostos teóricos da Escola de Harvard.

A defesa da livre concorrência torna-se, portanto, imperativo de ordem constitucional que deve coadunar-se com o princípio da livre iniciativa, apesar da livre iniciativa e da livre concorrência não serem termos sinônimos, pois a livre concorrência nem sempre leva à livre iniciativa e vice-versa. A atuação do Estado brasileiro, então, fica restrita a regular e a fiscalizar a atividade econômica, na medida em que lida com a competitividade enquanto importante fator na formação dos preços.

Nessa ambiência política a qual se vivencia de um Estado regulador da Ordem Econômica e do Regime Concorrencial, foi publicada a antiga Lei Antitruste, Lei no. 8.884/94, considerada norma emblemática na repressão do abuso do poder econômico. Posteriormente, foi editada a Lei no. 12.529, de 30 de novembro de 2011, destacando-se como norma de controle preventivo dos atos de concentração, cujo artigo 1.º prevê a proteção e a prevenção da coletividade contra as infrações à ordem econômica, de forma a garantir os já prefalados princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do Poder Econômico.

A presença de uma “concorrência viável” ou “*workable competition*” resultou, deste modo, evidenciada não somente através da análise das normas de tutela da concorrência presentes no ordenamento brasileiro, mas sobretudo por meio do exame dos julgados do CADE no âmbito de processos relativos a atos de concentração. Nestes, fundamentada nos pressupostos lançados pela Escola de Harvard, a autarquia demonstrou primar pelos ditames constitucionais, reprimindo qualquer forma de prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, o aumento arbitrário dos lucros, o exercício abusivo de posição dominante etc.

Em vista desses princípios e de toda a análise dos atos de concentração elencados, o CADE vem entendendo em seus julgados que, para garantir a eficácia dos princípios constitucionais da Ordem Econômica, deverá julgar de acordo com os ensinamentos do princípio da proporcionalidade, levando-se em consideração o seu duplo sentido de mantenedor da adequação dos meios e de garantidor da proporção dos meios utilizados, sendo uma ferramenta de correção da aplicação da legislação pelas entidades autárquicas, a exemplo do CADE. E, como meio de julgar proporcionalmente referidos atos de concentração, a autarquia se vale de conceitos como “*workable competition*” para praticar a justiça, aprovando uma concorrência viável, tendo em vista a impossibilidade de uma concorrência perfeita.

Assim, utiliza-se de tal conceito (*workable competition*) como critério regulador do exercício do poder de polícia estatal, embora o mesmo seja considerado um conceito indeterminado, mas que possibilita ao julgador levar em conta aspectos práticos da concorrência realmente existente, e não somente variáveis hipotéticas.

7. Referências

AREEDA, Philippe et HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law**. Vol. I. New York: Aspen Law and Business, 2002.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica** – CADE. AC nº 08012.005226/2000-88. Relator: Conselheiro Ricardo Vilas Bôas Cueva, julgado em 10.08.2005, acórdão publicado no DOU em 06.09.2005.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica** – CADE. AC nº. 08012.007979/2008-85, 3M Company, EMFI S/A e Sapo S.A., relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 01.10.2008, acórdão publicado no DOU em 03.10.2008.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CHERER, Frederic M.; ROSS, David. **Industrial Market Structure and Economic Performance**. Boston: Houghton Mifflin, 1990.

CLARK, John M. **Alternative to Serfdom**. Oxford: Oxford, 1948.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FOX, Eleanor; SULLIVAN, Lawrence. Antitrust. Retrospective an Prospective: Where are we coming from? Where are we going? **New York University Law Review**, 62 (1987).

FOX, Eleanor. **Modernization of Antitrust**: A New Equilibrium. **Cornell Law Review**, n.º 66 (1981).

FOX, Eleanor. Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness. **Notre Dame Law Review**, n.º 61 (1986).

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GASSNER, Ulrich. **Grundzüge des Kartellrechts**. München: Vahlen, 1999.

HAWK, Barry. La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté européenne ? **Revue Trimestrel de Droit Européen**, n.º 25 (1989).

HERZ, Mariana et PEROTTI, Alejandro. Influencia del Derecho dela Integracion en el Derecho Privato. Derecho de Defensa de la Competencia. **Revista del MERCOSUR**, n.º 3 (1998).

LIMA, Renata Albuquerque. **A atuação do estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9. ed. São Paulo: RT, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial** – as condutas. 1. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SCHMIDT, Ingo. **Wettbewerbspolitik und Kartellrecht**. Stuttgart: Lucius, 2001.

SCHUMACHER, Ernst F. **Small is Beautiful**. A Study of Economics as if People Mattered. London: Harper & Row, 1973.

SOUTY, François. **La Politique de la Concurrence aux États-Unis**. Paris: PresseUniversitaire de France, 1995.

VAN DER BERGH, Roger. L'analisi economica del diritto della concorrenza. In: FRIGNANI, Aldo et al. **Diritto antitrust italiano**. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n.º 287. Vol. 1. Bologna: Zanichelli, 1993.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. **Economics of regulation and anbtitrust**. Cambridge: MIT Press, 2005.