

CALIXTO SALOMÃO FILHO

**DIREITO
CONCORRENCIAL**

AS ESTRUTURAS

3ª edição

 **MALHEIROS
EDITORES**

mais complicada, por envolver diretamente a resolução de um conflito entre normas e entre esferas de competência governamental. Sua análise será feita no capítulo 3. Pode-se adiantar, no entanto, que aqui também a lei antitruste só poderá ser aplicada à atuação estatal quando esta estiver desaturada e orientada à facilitação de criação de poder sobre o mercado, através da admissão de acordos entre particulares (ou entes estatais exercendo atividade económica no mercado) que visem à criação de restrições à concorrência.

As considerações feitas ajudam a explicar a utilização do termo *poder económico no mercado* nesta introdução.

Com essa expressão pretende-se ligar as preocupações antitruste *precipualemente* à garantia de um mercado de bens, serviços e fatores de produção dotado de regras de conduta que garantam o maior grau possível de autocontrole. O controle deve ser exercido sobre todos aqueles que tenham poder de influenciar o mercado, sejam eles agentes privados, estatais no exercício de atividade económica ou estatais exercendo atividade normativa ou fiscalizadora, quando essa for dirigida à proteção de interesses particulares no mercado. O conceito central é o exercício de influência sobre o mercado, qualquer que seja sua origem.

1.6 Segue direito concorrencial e poder económico no mercado: aspectos históricos

As considerações feitas acima induzem importante indagação. Se é verdade que o poder económico no mercado é preocupação central do direito concorrencial, é possível existir infração ao direito concorrencial por parte de agentes não dotados de poder sobre o mercado? Ou, em outras palavras: resume-se o direito concorrencial à regulação do poder económico no mercado?

A resposta a estas indagações, obviamente, não poderia ser absoluta. Depende, antes de tudo e como frequentemente ocorre no direito, dos pressupostos *iuspoliticos* dos quais se parte. Para alguém convicido de que basta ao direito garantir a existência de concorrência, que o mercado se encarregará de fazer com que esta concorrência respeite os padrões éticos de uma determinada sociedade em determinado momento, a resposta, obviamente, será sim. Para outros que, ao contrário, desconfiam da autolimi-

tação da ganância humana, entendendo que mesmo em sistemas em que se garanta a existência de concorrência (ou, na crítica expressão dos neoclássicos, onde exista concorrência perfeita) é necessário garantir que essas forças de mercado, em posição de paridade e exatamente porque se encontram em posição de paridade, concorram lealmente, a resposta será, evidentemente, não.

A história, sem dúvida o melhor laboratório de testes de teorias jurídico-sociais, parece apontar, decisivamente, no sentido da segunda tese.

Para ilustração, serão abordadas, antes da análise do direito brasileiro, duas das mais relevantes histórias legislativas deste século em matéria de direito concorrencial. Em primeiro lugar, a história do direito americano, onde o direito da concorrência recebeu seu primeiro reconhecimento legislativo e cujos princípios são, ainda hoje, parâmetro para muitas outras legislações (inclusive a brasileira).⁵⁸ A outra é a história legislativa alemã, de valor paradigmático, pois, como é sabido, foi ali que os *trusts* e cartéis mais proliferaram e também onde tiveram suas consequências mais nocivas.

1.6.1 "Sherman Act" e "Clayton Act": da proteção contra os monopólios a proteção da competição

Para entender o significado do *Sherman Act* é necessária rápida análise do estado da economia e da sociedade norte-americana no final do século passado. Na segunda metade do século passado, época do início do movimento antitruste, que levou à promulgação do *Sherman Act*, três fatores influenciavam decisivamente a vida econômico-social norte-americana. Em primeiro lugar, como consequência direta da guerra civil, tinha-se verificado um grande fortalecimento e uma grande concentração industrial, sobretudo no nordeste dos Estados Unidos. A maior tolerância dos Estados em aceitar tarifas altas por parte de todas

as indústrias direta ou indiretamente relacionadas ao esforço bélico foi, sem dúvida, um fator de grande estímulo às concentrações. Em especial, dois setores foram objeto de fortíssima concentração: telegrafos e estradas de ferro. No setor telegráfico, a famosa *Western Union* já em 1866 tinha adquirido quase a totalidade dos concorrentes.⁵⁹

O monopólio das estradas de ferro, por outro lado, vinculava-se diretamente ao segundo dos fatores acima mencionados. É ele o descontentamento do setor agrícola. O setor rural americano é tido como um dos principais responsáveis pela promulgação do *Sherman Act*.⁶⁰ O descontentamento do setor rural com o setor industrial tem origens, antes de tudo, em animosidades regionais. O norte, industrializado, acabava de vencer uma guerra contra o sul, de economia predominantemente voltada para a agricultura. O ressentimento latente encontrava expressão sobretudo contra as grandes manufaturas do norte e as estradas de ferro, empreendimento que mais crescia à época e que, também, era controlado por capitais do norte industrializado e venecedor.

Além disso, também, entre os agricultores do oeste crescia o descontentamento contra as grandes redes de estradas de ferro. Como é sabido, já no período da guerra a rede de estradas de ferro vinha se expandindo graças, em grande parte, à cooperação entre o setor público e o privado. As estradas eram construídas por grandes empresas privadas, nas quais tinham grande participação cada um dos Estados por ela beneficiados e, ainda, os próprios particulares. Com efeito, os agricultores tinham sido grandemente estimulados a comprar ações dessas empresas, que indiretamente os beneficiariam.

Ora, a má gestão de muitas dessas empreendimentos e as frequentes fraudes levaram a problemas financeiros muitas vezes sérios. Os agricultores não só não recebiam dividendos de

58. É famosa e absolutamente verdadeira, a ponte de sugerir extremo cuidado na transposição de conceitos dessa área, a afirmação de F. D. Roosevelt em carta ao Secretário de Estado Cordell Hull (6 de setembro de 1944): "The Sherman and Clayton Acts have become as much a part of the American way of life as the due process clause of the Constitution". v. H. B. Thorelli, *The federal antitrust policy*, London, George Allen & Unwin Ltd, 1955, frontispício.

59. Cf. H. B. Thorelli, *The federal antitrust policy*, cit., p. 56.

60. V. par todos: H. B. Thorelli, *The federal antitrust policy*, cit., pp. 58 e ss.; também, em posição contrária, minoritária na doutrina norte-americana, afirmando a posição secundária do movimento agrícola na germinação do *Sherman Act*, G. Siegler, "The origin of the Sherman Act", in *The political economy of the Sherman Act*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 32.

sua participações, como, ainda, viam aumentar os impostos em razão dos problemas financeiros dessas empresas, frequentemente cobertos por seus principais financiadores, os Estados.⁶¹ Essa última observação revela uma das principais preocupações que estão na origem do movimento antitruste americano: a influência política dos grandes monopólios. Os problemas acima descritos, separadamente toleráveis, se tornavam insuportáveis quando os agricultores verificavam que os monopólios ferroviários, por eles indiretamente financiados, não protegiam seus interesses, mas, ao contrário, cobravam os preços mais altos que sua situação de monopolistas lhes permitia.

Finalmente, o terceiro fator determinante do movimento antimonopolista é a rápida transformação da economia americana, ocorrida a partir de 1865. De uma economia baseada na pequena empresa e no espírito empresarial individual, os EUA, após a guerra, começam rapidamente a transformar-se em uma economia em que a concentração de capitais é cada vez mais necessária. É a era da produção em massa, que requer investimentos fixos elevados, os quais, por sua vez, limitam o número de novas empresas no mercado. Por outro lado, a verdadeira idolaatria pela grandeza que essa expansão industrial vigorosa causa no meio industrial estimula o uso de práticas desleais contra os concorrentes e os abusos em relação aos consumidores.⁶²

61. Dito popular muito comum na época e que revela o nível de contaminação do setor privado pelo setor público na mente popular é que: *The tariff is the mother of all trusts*. Outra representação da cultura popular, o desenho satírico e caricatural, também, é revelador. Em um dos mais comuns da época, Joseph Keppler representa o senador americano, fazendo sobressair em seu topo, em posição de dominação, posturas e estabelecidos senhores, representando cada qual um dos grandes trusts da época (*Standard Oil Trust, Copper Trust, etc.*), para ambas as referências v. H. Thorelli, *The federal antitrust policy*, cit., pp. 62 e 70. É interessante notar que o uso da palavra *Trust* popularizou-se para designar qualquer tipo de situação de concentração de mercado, mesmo aquela não organizada sobre a forma jurídica do *trust* propriamente dito. Na verdade, antes da passagem do *Sherman Act*, acontece que, como salienta Thorelli (*The federal antitrust policy*, cit., p. 161) entre elas estavam algumas das maiores e ao mesmo tempo mais espalhafatosas e odiadas concentrações como o *Standard Oil Trust* e o *Sugar Trust*. Daí a generalização de seu uso, do qual se originou a expressão *direito antitruste*.

62. V., nesse sentido, R. H. Lande, "Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: the efficiency interpretation challenged", in E. T. Sullivan, *The political economy of the Sherman Act*, New York-Oxford, Oxford

Esses três fatores conjugados foram, sem dúvida, determinantes do movimento antitruste e decisivos para a promulgação do *Sherman Act*. Nas suas diferentes motivações encontram-se os diferentes escopos do *Sherman Act*. Esses escopos são de suma importância para a própria interpretação da referida lei, em função da redação genérica dada a seus dispositivos, que pode dar margem a interpretações bastante diversas.

A exposição dos fatores político-econômicos relevantes para aprovação do *Sherman Act* permite focalizar corretamente a questão. Em primeiro lugar, fica bastante evidente que a maior preocupação relativamente aos monopólios naquela época eram os efeitos econômicos negativos sobre o consumidor. Nesse ponto, portanto, incontestável é a argumentação de Bork e dos demais defensores das teses da Escola de Chicago.⁶³ O problema é, evidentemente, a noção de interesse do consumidor que a teoria neoclássica pretende transportar dos anos 80 do século XX para os anos 80 do século XIX. Os senadores americanos não tinham, em mente as noções hoje tão em moda e tão utilizadas pela teoria microeconômica neoclássica. Não estavam preocupados com a preservação da eficiência alocativa ou produtiva. Mais do que isso, existem evidências bastante fortes de que sequer a eficiência como noção intuitiva motivou o legislador americano. Com efeito, Sherman em uma passagem expressamente leva em conta a maior eficiência da grande empresa, subordinando-a, no entanto, aos interesses redistributivos (para utilizar o termo consagrado pela análise econômica), ou seja, à necessidade de prevenir lucros excessivos dos monopolistas às custas dos consumidores. Referindo-se às concentrações empresariais, afirma: "It is sometimes said of these combinations that they reduce prices to the consumer by better methods of production, but all experience shows that this saving of costs goes to the pockets of the producer".⁶⁴

University Press, 1991, p. 71 (81) e, também, H. Thorelli, *The federal antitrust policy*, cit., pp. 63 e ss.

63. Uma última colarreira dos mais importantes trabalhos a respeito dos interesses determinantes da promulgação do *Sherman Act* e dos interesses por ele protegidos pode ser encontrada em E. T. Sullivan, *The political economy of the Sherman Act*, cit.

64. Cf. 21 Cong. Rec. 2492 (1890), cit. in R. H. Lande, "Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust", cit., p. 78, nota 12.

A preocupação principal é, portanto, com o poder dos monopolistas exercido sobre os consumidores. Não só o poder econômico, também o poder político. Por outro lado, não é possível distinguir uma preocupação central, motivadora da lei, com a proteção da pequena empresa. Há, isso sim, uma preocupação institucional com a defesa da competição. Mas aí trata-se de competição entendida como sistema competitivo, instrumental necessário à proteção do consumidor.⁶⁵

Essas preocupações dos legisladores traduzem-se no conteúdo material do *Sherman Act*. A *Section I*, que declara ilegal qualquer *contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy* que possa criar dificuldades ao comércio interestadual.⁶⁶ A *Section II*, por sua vez, declara ser crime a monopolização ou tentativa de monopolização do mercado.

Dificuldades logo surgiram com os termos genéricos empregados pelo *Sherman Act*. Sobre tudo o termo "monopolização", utilizado na *Section II*, deu origem a muitas incertezas. A melhor expressão dessas incertezas está, sem dúvida, na decisão pela Suprema Corte americana do caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*.⁶⁷ Tratava-se, na hipótese, de sucessivas aquisições de ações de companhias de petróleo feitas pela família Rockefeller, que já controlava a *Standard Oil Co. of Ohio*. O pro-

65. Essa vinculação instrumental entre os dois objetivos fica clara em outro trecho dos discursos do Senador Sherman em defesa da constitucionalidade de seu projeto. Referindo-se aos *trusts* afirma: "The sole object of such a combination is to make competition impossible. It can control the market, raise or lower prices, as will best promote its selfish interests (...). Its governing motive is to create the profits of the parties composing it. The law of selfishness, uncontrolled by competition, compels it to disregard the interest of the consumer. It dictates terms to transportation companies, it commands the price of labor without fear of strikes, for in its field it allows no competitors. Such a combination is far more dangerous than any heretofore invented, and, it embraces the great body of all the corporations engaged in a particular industry in all of the States of the Union, it tends to advance the price to the consumer of any article produced". 21 Cong. Rec. 2492 (1890), cit. in R. H. Lauder, "Wealth transfer as the original and primary concern of antitrust", cit., p. 79, nota 14.

66. A menção ao comércio interestadual é necessária porque já na época as EUA contavam com vários leis estaduais antitruste, cuja aplicação era bastante discutida — aí está, aliás, uma das razões para a promulgação do *Sherman Act*.

67. Supreme Court of the United States, 1911, 221 U.S. 1.

cesso de concentração culminou com a formação de um *trust* (*Standard Oil Trust*) para administração das ações de todas as companhias (40), que, na prática, acabou por deter mais de 90% do mercado. Finalmente, as ações detidas por esse *trust* foram transferidas para a *Standard Oil Co. of New Jersey* e a *Standard Oil Co. of New York*, que passaram, portanto, a funcionar como *holdings* de todo o grupo. Na demanda referida discutia-se a possibilidade de dissolução dessas companhias, com base na existência de monopolização violadora da *Section II* do *Sherman Act*.

A Suprema Corte americana, claramente insegura a respeito dos critérios para qualificar a "monopolização", acabou por aplicar critério *per se*, considerando a *holding* ilegal com base "apenas" no fato de que essa controlava 90% do mercado. Fala-se em insegurança da Corte não por ter sido a decisão contrária à *Standard Oil*. De há muito se sabia que o processo de concentração que tinha dado origem ao mencionado grupo de empresas tinha sido irregular segundo os mais elementares padrões éticos e jurídicos. Ocorre que esse processo tinha se verificado antes da existência do *Sherman Act*, estando, portanto, imune à aplicação daquela lei.⁶⁸

Assim sendo, faltava à Corte uma justificativa para considerar que estava havendo uma "monopolização do mercado". Não era possível impugnar o ato de concentração, ocorrido antes da entrada em vigor do *Sherman Act*. Em sua ausência sobrava apenas a vaga redação da *Section II*, que não deixava claro se a monopolização consistia em uma série de atos encadeados tendentes a formar o monopólio ou se, para que se configurasse o ilícito, bastaria a existência de monopólio. Como se verá mais adiante, não havia o reconhecimento na lei (como há, hoje, na maioria das legislações, incluindo o direito brasileiro) de que a monopolização do mercado não é ilícita sem que sua causa, também, o seja. Monopólios naturais ou monopólios construídos a partir de crescimento interno baseado em maior "eficiência" não são puníveis.

Aquela época esses conceitos, ainda, não tinham estruturação teórica. Sua necessidade prática se fazia sentir, no entanto. É exatamente com base nela e como direta decorrência das incertezas criadas pela interpretação do *Sherman Act*, consubstancia-

68. V., nesse sentido, R. Posner, *F. Easterbrook, Antitrust — Cases, economic notes and other materials*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1981, p. 410.

das na decisão de *Standard Oil*, que têm origem duas novas leis já em 1914.⁶⁹ O *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*. No primeiro se definem práticas entendidas como desleais, como discriminação de preços, contratos de exclusividade, etc. Já o segundo, além de criar a *Federal Trade Commission*, dá a ela poderes para, interpretando a *Section V*, novas práticas desleais de concorrência.

O interesse dessa evolução para a questão central aqui tratada (relação entre direito concorrencial e poder sobre os mercados) é evidente. O *Sherman Act* é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o "excessivo poder econômico no mercado". É essa sua única preocupação. Não há uma preocupação inicial com a proteção do concorrente contra "práticas desleais" do outro concorrente.

Em pouco tempo fica claro, no entanto, que essa regulamentação não é suficiente para garantir o regular funcionamento do mercado. E esse é um dos fundamentos principais para a elaboração do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act*. A concorrência não deve ser apenas livre, ela deve ser, também, leal, para garantir os interesses do próprio consumidor contra o poder econômico no mercado. Há consenso entre os economistas da época de que práticas destrutivas e desleais são o maior obstáculo para a entrada de novos concorrentes no mercado.⁷⁰ Eliminando-se os competidores já existentes e os potenciais — aqueles que poderiam entrar caso não existissem barreiras à entrada —, abre-se caminho para a monopolização dos mercados.⁷¹ Em 1914, época

69 Cf. R. Posner, F. Easterbrook, *Antitrust — Cases, economic notes and other materials*, cit., p. 31.

70 V. para um apêndice das doutrinas econômicas da época, B. J. Kleinman, "Potential competition and the American antitrust legislation of 1914", in G. Burgess Jr., *Antitrust and Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 69.

71 Essa utilização do sistema de garantia contra a concorrência desleal como forma indireta de impedir a formação de monopólios incipientes (daí porque essa teoria ser conhecida como *incipency*) fica clara nos escritos das autoridades da época. Já em 1903, o *Attorney General Philander C. Knox* expressava a convicção de que o monopólio seria impossível nos EUA "if competition were assured a fair and open field and protected against unfair, artificial and discriminating practices". V. *Senate Documents*, 57th Cong., 2^a Sess., n. 73, p. 163. V. B. J. Kleinman, "Potential competition and the American antitrust legislation of 1914", cit., pp. 85-86.

da promulgação das duas novas leis citadas, os EUA, ainda es-tão, até mais que em 1890, envolvidos pela campanha anti-monopólio. O *Standard Oil Case*, assim como seu similar *Northern Security Case*,⁷² são característicos desse período.

Na verdade os dois fundamentos acima mencionados da elaboração das novas leis — quais sejam, (a) a definição das incertezas relativas à noção de monopólio criadas pela Suprema Corte na decisão do caso *Standard Oil* e (b) a proteção contra práticas desleais — teoricamente se coligam intimamente e na prática se identificam. De um lado, a definição das práticas desleais (como se verá, aliada à existência de poder econômico no mercado) é uma forma de identificar casos de monopolização. Mas muito mais importante que isso, a definição de certas práticas desleais como ilícitos *per se* à concorrência é uma forma de impedir que esses monopólios se criem. É a teoria conhecida como *incipency* no direito americano, segundo a qual é necessário sancionar os monopólios já no seu início, impedindo a prática de atos desleais que permitam a conquista ilegal de fatias do mercado, que teoricamente possam levar uma empresa a se tornar monopolista.⁷³

Ainda que originariamente devidos a essa preocupação com o controle dos monopólios, é evidente que muitos dispositivos, sobretudo aqueles que claramente contêm previsão de ilegalidade *de per se* da conduta, tornam-se independentes e passam a tutelar exclusivamente a concorrência como padrões éticos de comportamento. Mas sua origem é inequivocamente ligada à sua necessária instrumentalidade para proteção dos consumidores contra os monopólios.

1.6.2 *UWG e GWB: da proteção da lealdade à competição à proteção da liberdade de competir*

A evolução alemã segue caminho exatamente contrário, daí seu grande interesse. O direito concorrencial nasce com regras que protegem exclusivamente a lealdade da competição (*UWG*). Não há qualquer preocupação com a existência da concorrência em si, mas apenas com a forma (leal) do seu exercício. Não há

72 Supreme Court of the United States, 1904, 193 U.S. 197.

73 V. R. Bork, *The antitrust paradox*, cit., pp. 48 e ss.

qualquer preocupação com a formação incipiente dos monopólios e cartéis, até porque, inicialmente, os monopólios não são considerados economicamente negativos.⁷⁴ São só os resultados catastróficos do nazismo, cujo ascensão foi ao mesmo tempo causa e consequência do domínio da economia pelos monopólios e cartéis privados, que acabam por impor a promulgação de uma lei efetivamente repressora das concentrações (*GWB*).

Assim é que a primeira lei concorrencial alemã visa a proteger a regularidade da concorrência e garantir que essa se processe com respeito a padrões éticos pelos concorrentes. Trata-se da *UWG* (*Gesetz gegen den unzulässigen Wettbewerb*) de 7 de junho de 1909. O conteúdo dessa lei pode ser resumido praticamente ao artigo 1º, fórmula clássica do direito da concorrência alemão, que considera ilegal todos aqueles atos *die gegen die guten Sitten verstoßen* (contrários às boas práticas comerciais). A fórmula genérica, escolhida propositalmente para permitir grande liberdade ao Judiciário na definição de novas formas de concorrência consideradas desleais, foi inicialmente muito criticada, pela incerteza jurídica que criava. O maior problema que criou foi, porém, causado pelo que não regulou.

Ficando a normativa da concorrência limitada à garantia do respeito a padrões éticos (*die guten Sitten*), sem se preocupar com a manutenção da concorrência em si, abriu-se o caminho para a formação indiscriminada de monopólios e cartéis. Somando-se a isso a posição favorável do *Reichsgericht* relativamente às formas de cooperação econômica entre concorrentes,⁷⁵ a Ale-

74. Na Alemanha do final do século XIX a mentalidade corporativa ainda está muito presente. Assim é que o *Reichsgericht Landgericht* afirma em 1888 que não constitui prática desleal a celebração, por produtores pertencentes a ramos da indústria que sofrem os efeitos da recessão econômica, de acordo no qual se regula a forma de superar os efeitos negativos da crise. Esse procedimento seria, ao contrário, obrigatório para os homens de negócio produtivos. Em 1897, o *Reichsgericht* afirma que os cartéis atendem aos interesses não só dos produtores, mas, também, dos consumidores, pois se os preços caíssem muito rapidamente a própria sociedade sofreria. V., para um relato das decisões, M. Keller "Regulation of Large Enterprises: the United States experience in comparative perspective" in G. Burgess, *Antitrust and Regulation*, cit., p. 14 (17). A justificativa dada pela Corte não faz mais que confirmar a verdadeira presunção de legalidade de que gozavam os cartéis naquela época.

75. V. RGZ 28 (1890), pp. 238 e ss.; decisão em que a Corte admitiu a formação de um cartel de preços entre os editores de livros.

manha acabou por se transformar no início do século no "país dos cartéis".⁷⁶

Nos anos seguintes a situação só se agravou. A cooperação entre os grupos privados e o *Reich* tornou-se uma constante na Alemanha no período anterior à primeira guerra. O *Reich* participava e ajudava na consolidação do poder dos grandes grupos, que considerava fundamental a seu esforço de guerra (é conhecida, por exemplo, a participação direta do *Reich* alemão no *Rheinschen — Westfälischen Kohlsyndikat* e no *Kalisyndikat*). Esse trabalho conjunto do Estado com grandes grupos privados tornou-se tão intenso e tão enraizado na mentalidade pública alemã que mesmo durante a República de Weimar, quando da explosão inflacionária do início dos anos 20 (em grande parte inequivocamente atribuível ao domínio dos monopólios e cartéis sobre a economia), o governo acabou por não aplicar efetivamente uma política antitruste. A chamada *Kartellverordnung* de 2 de novembro de 1923, primeira lei antitruste alemã, foi muito mais tímida do que o esperado, limitando-se, na prática, a exigir a forma escrita para os acordos de tipo cartel e permitindo ao governo intervir nos cartéis considerados contrários ao interesse público — o que nunca ocorreu.⁷⁷

O agravamento da situação econômica decorrente da inação do governo e seus reflexos sobre a ascensão (e queda) do nazismo são bem conhecidos.

Após a derrota e invasão da Alemanha pelas potências aliadas, começa a ser implementada a política de descartelização da indústria alemã, de resto expressamente prevista no acordo de Potsdam de 2 de agosto de 1945. Essa política era composta por duas diferentes linhas de procedimento. De um lado, o chamado *Entfesselungswfahren*, processo de cisto⁷⁸ compulsória dos principais grupos econômicos. Esse processo, posto em prática basicamente entre os anos de 1945 e 1950, não tinha um fundamen-

76. A expressão (*Land der Kartelle*) é aqui utilizada por W. Maeschel em sentido propositalmente tenso, englobando tanto os monopólios e oligopólios quanto os cartéis. Referindo-se ao ano de 1907 o autor cita os seguintes índices de concentração: Carvão — 82%; Siderurgia — 50%; Papel — 90%; Cimento — 48% (*Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., p. 19).

77. V. W. Maeschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., p. 19.

78. O termo aqui é utilizado no sentido econômico e não jurídico, podendo compreender qualquer forma jurídica de ruptura da estrutura grupal.

to legal específico (alem da cláusula genérica do acordo de Potsdam) e acabou por se fazer com base em negociação e consenso, tendo efeitos práticos muito reduzidos.⁷⁹ Já nos anos 50 as concentrações horizontais na Alemanha tinham retomado seu fôlego. De outro lado, puseram-se em prática as chamadas *allgemeine Dekartellisierungsgesetze*⁸⁰ das potências aliadas do ano de 1947. Também essas leis, sempre vistas como direito estrangeiro, acabaram por ter limitada aplicação (atingidas, por exemplo, foram certas empresas do grupo Bosch).⁸¹

O direito antitruste só ganhará verdadeira eficácia na Alemanha (e na Europa) a partir da promulgação concomitante da *GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)* e do Tratado de Roma, ambos contendo severas regras disciplinadoras do poder nos mercados. Princípios importantes de ambos os sistemas serão analisados com mais profundidade quando do estudo

79. A única coisa realmente levada a efeito foi a do IG Farben Konzern, do qual se originaram três empresas: Bayer, Hoechst e Basf. v. W. Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., p. 21.

80. É importante observar que o termo alemão *Dekartellisierung* tem significado genérico, sendo sua tradução correta "desconcentração". Essa ressalva é importante pois a regulamentação introduzida na Alemanha através da *GWB* (sobretudo a partir de sua modificação de 1973) visava a coibir as concentrações, combatendo os cartéis sujeitos a um regime razoavelmente permissivo de autorizações governamentais. Com efeito, o § 1º *GWB*, introduzido em 1957, contém a proibição de acordos entre concorrentes, a exceção dos casos permitidos em lei. Ocorre que os parágrafos sucessivos estabelecem um número tão grande de exceções que acabam quase por permitir a formulação de regra geral em sentido inverso. São elas: *Konditionskartelle* (§ 2º) acordos a respeito de condições de venda; *Reberkartelle* (§ 3º) acordos para dar desconto uniforme ao consumidor; *Strukturwirtschaftliche* (§ 4º) acordos para proteção nos seus participantes contra crises estruturais; *Rationalisierungskartelle* (§ 5º) acordos para racionalização das condições de produção (ou comercialização); *Spezialisierungskartelle* (§ 5º, a) acordos para especialização da produção; (§§ 6º e 7º) acordos entre importadores e exportadores. A muitos desses inícios correspondem justificativas para acordos entre concorrentes admitidas, também, ao nível comunitário. O que torna o sistema alemão particular e permite caracterizar aquela quase inversão da regra geral do § 1º há pouco mencionada é o disposto no § 8º a respeito dos *Sonderkartelle*. São eles acordos que não se encaixam em quaisquer das categorias antes mencionadas, mas que podem ser autorizados pelo Ministro da Economia quando considerados de interesse público. A existência de tal dispositivo torna o sistema alemão marcadamente público e, portanto, potencialmente permissivo em relação aos cartéis.

81. Cf. W. Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., p. 22.

dogmático levado a efeito nos próximos capítulos. No momento, importa notar que tanto o legislador alemão quanto o legislador comunitário se defrontaram com uma situação de fato bastante paradoxal. As grandes estruturas empresariais ao mesmo tempo eram necessárias para o auxílio da reconstrução econômica de países que, como a Alemanha, haviam sido destruídos pela guerra e deviam ser controlados, como a amarga experiência histórica havia demonstrado.

A forma escolhida por ambos para resolver esse impasse foi estabelecer um duplo sistema de controle. Em primeiro lugar, estabeleceram-se sistemas de controle (ou sancionamento de concentrações que pudessem levar ao domínio dos mercados. Várias foram as formas jurídicas escolhidas para regular tais situações quando da inicial elaboração desses sistemas, mas hoje todas convergem no sentido de um controle preventivo das concentrações.⁸²

82. O controle das concentrações por um órgão independente, com poder para proibi-las, foi pela primeira vez previsto na Europa através do Tratado de Constituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (art. 66), concluído na época da adoção da política de força por parte das potências ocupantes. A ideia era influenciar a adoção, pelas legislações nacionais, desse tipo de dispositivo; v. H. J. Messemacker, *Europäischer Wettbewerbsrecht*, cit., p. 74. Em face dessa sua vinculação a política de força do período da ocupação e das decorrentes dificuldades de sua implementação, acabou sendo reproduzido de forma mais suave na legislação alemã, que de resto já em 1958 encontrava-se em pleno processo reconstrucionista. Para isso contava com o pleno apoio dos EUA, que naquela época viam no renascimento econômico da Alemanha na Europa e do Japão no Oriente barreira à expansão do comunismo. Assim é que na *GWB* 1958 há uma simples obrigação de informar o *Bundeszweckblatt* sobre a existência de negócios que pode levar à concentração de forças no mercado. Também no Tratado de Roma não foi possível prever expressamente o controle das concentrações. A ainda reduzida força política dos órgãos comunitários no momento de sua conclusão, e o caráter politicamente delicado da questão relativamente à soberania dos países-membros, levaram à opção pela não inclusão. Em ambos os ordenamentos, tanto o alemão quanto o comunitário, a tendência se reverteu. Hoje, ambos tem sistemas de controle formais ou ao menos informais das concentrações. Assim, na Alemanha em 1973 foi a lei alterada (através da *Zweite GWB Novelle 1973*), introduzindo-se formalmente o controle das concentrações (§ 24 *GWB*). No âmbito europeu desde a decisão em 1973 do caso *Consten/Baulin* pela Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia (para a versão em inglês v. *Common Market Law Review* 199, p. 23, v. também o comentário de F. K. Comparato a respeito da questão em *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 369), que admitiu em

Quanto às situações de domínio do mercado já existentes, a regulamentação centrou-se no conceito de "comportamento no mercado" (*Markterhalten*). Esse princípio, em linhas gerais, permitiu a manutenção das concentrações já existentes, utilizando como critério para distinguir entre bons e maus monopólios e sancionar os últimos (sanções que podem chegar, inclusive, no caso alemão, à cisão compulsória) o comportamento no mercado. Trata-se do tão conhecido e reproduzido (inclusive pelo legislador brasileiro) conceito de abuso de posição dominante (contido tanto no art. 96 do Tratado de Roma quanto na *GWB* alemã). Nessa categoria incluem-se ilícitos específicos, que só podem ser praticados por agentes econômicos dotados de poder econômico no mercado. Esses delitos são fundamentalmente diferentes dos delitos de concorrência desleal, cujo sujeito ativo pode ser qualquer agente econômico, inclusive aquele desprovido de qualquer poder sobre o mercado.

Importante é notar que, com o advento das novas leis, a definição dos comportamentos ilícitos passa a ter como objeto a defesa da liberdade de concorrência e não apenas de padrões éticos de competição. Definitivamente ultrapassado está o período em que se acreditava que a simples fórmula geral do art. 1º *UWG*, garantindo a lealdade da competição, seria capaz de tutelar o mercado. Firma-se a concepção de que a mera garantia da lealdade da competição não assegura a sua permanência, isto é — o que para um observador atual parece bastante óbvio —, que a proteção da existência da competição é um *prior* lógico, e não uma consequência natural da proteção de *lealdade* dos métodos competitivos.

1.7 Segue: direito concorrencial e poder econômico no mercado: considerações à luz do direito brasileiro

Com a breve análise de dois processos evolutivos diversos imagina-se ter demonstrado dois postulados lógico-jurídicos muito

Para a aplicação do art. 96 do Tratado às concentrações de empresas (ainda que tenha negado a existência de abuso de posição dominante no caso concreto), a Comissão CEE vinha exercendo um controle de fato e posterior sobre as concentrações. Finalmente, em 21 de dezembro de 1989, através do Regulamento do Conselho CEE n. 4.064/84, criou-se formalmente o sistema de controle das concentrações pela Comissão CEE.