

**UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL PELO CADE  
SOB O OLHAR DO *CRITICAL LEGAL STUDIES***

**AN ANALYSIS OF THE PROTECTION OF COMPETITIVE LAW BY CADE UNDER  
THE GAZE OF CRITICAL LEGAL STUDIES**

**Manuela Braga Fernandes**

**Lorena de Melo Freitas**

**Resumo:** O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça que tem a função primordial de proteger a livre concorrência. O direito concorrencial é uma garantia fundamental que dispõe do CADE como um de seus principais defensores, especialmente na prevenção da concretização dos atos de concentração que acarretam a formação de trustes. O *critical legal studies* é um movimento que enxerga a decisão judicial buscando as motivações por trás dela. Para o CLS, as decisões tomadas pelos juízes traduzem a ideologia do magistrado responsável por ela. Muitas decisões do CADE causam estranheza se comparadas umas com as outras e com a própria legislação que visa proteger. Assim, usando o referencial teórico do CLS, o trabalho vai buscar entender se essas decisões do CADE não estariam revestidas de ideologias que podem explicar a sua verdadeira motivação.

**Palavras-chave:** CADE; *critical legal studies*; decisão.

**Abstract:** The Administrative Council of Economic Defense is an organ attached to the Justice Department that has the main function of protecting the anti-trust rules. The competition laws are a fundamental assurance that has the CADE as one of its main protectors, especially in the prevention of concentration acts that culminate in the formation of trusts. The critical legal studies is a movement that sees judicial decision searching for the true motivations behind it. To CLS the decisions made by the judges translate the ideology of the magistrate behind it. Many decisions from CADE cause strangeness if compared with one another and the very legislation that means to protect. Then, using CLS as theoretical reference, the present work will try to understand if these decisions from CADE wouldn't be covered of ideology that can explain its true motivations.

**Key words:** CADE; critical legal studies; decision.

## **Introdução**

O CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, é um órgão que tem o condão de proteger o direito concorrencial. Agindo preventivamente, ele pode negar a concentração de poder econômico de duas ou mais empresas que possam formar um

---

\*Graduada em Direito. Mestranda em Direito Econômico no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Bolsista CNPQ. [manuelabraaga@gmail.com](mailto:manuelabraaga@gmail.com)

\*Professora Adjunta II CCJ/UFPB. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Coordenadora da área de Direitos Humanos do PPGCJ. Lidera o grupo de pesquisa Realismo Jurídico.

monopólio. No entanto, na análise das decisões do CADE é possível perceber, muitas vezes, que aquele responsável por preservar o direito concorrencial toma decisões incoerentes com essa função.

O *critical legal studies* é um movimento do direito americano eminentemente de esquerda que acredita que toda decisão é tomada não em razão do material jurídica relativo à matéria, mas servindo à ideologia de quem está decidindo. Essa ideologia na decisão judicial é a ideologia da classe dominante em razão da hierarquização do judiciário. Assim, é o modo de pensar do grupo social em que está inserido o tomador da decisão que define qual o posicionamento, não a matéria de direito que dá respaldo e justificação para a decisão.

Nesses termos, essa é a problemática do presente trabalho. A efetivação da proteção do direito concorrencial pelo CADE no julgamento dos atos de concentração e no controle repressivo é o mecanismo do ordenamento jurídico para garantir a livre concorrência e o próprio livre empreendimento. No entanto, as decisões são tomadas por seres humanos e, de acordo com o *critical legal studies*, cada indivíduo decide de acordo com suas ideologias para depois fundamentar em materiais jurídicos. Como fica, então, a proteção do direito concorrencial quando as decisões do CADE são compreendidas do ponto de vista do *critical legal studies*?

A hipótese inicial do presente trabalho é que o movimento do *critical legal studies* propõe o entendimento teórico para explicar as decisões do CADE que parecem divergentes entre si, ora protegendo a livre concorrência, outras vezes não.

Assim, num primeiro momento, o trabalho vai trazer os fundamentos do *critical legal studies* de modo a compreender como se dá a tomada de decisões judiciais nos termos dessa teoria crítica. Em seguida, vai trazer as questões do direito de concorrência, bem como o funcionamento do CADE e os métodos que dispõe para garantia desses direitos. Por fim, a hipótese será testada através da análise de decisões do CADE que demonstram a volatilidade dos posicionamentos decisoriais que garantem a livre concorrência ou se eximem de fazê-lo resgatando o entendimento de ideologia dos *crits*.

## **1. O movimento do *Critical Legal Studies***

O *Critical Legal Studies*, ou CLS, é considerado por seus próprios pensadores um movimento, um jeito de pensar o direito que rejeita o apego ao positivismo e clama por um olhar crítico no estudo do direito. É um movimento intelectual americano que tenta entender

os fenômenos jurídicos a partir dos ensinamentos pragmáticos e realistas, sem se desprender dos parâmetros marxistas e feministas<sup>1</sup>.

O movimento nasceu a partir de um encontro de professores de direito na Universidade de Wisconsin em 1976. Nesse encontro foi formado um grupo de discussões que mais tarde se espalhou ganhando adeptos nas universidades de Harvard e Yale. Entre seus maiores expoentes hoje se tem Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy, além de Mark Tushnet, Morton Horwitz e Elisabeth Mensch, dentre outros.

O CLS dedica boa parte de suas energias a uma profunda e engendradora crítica ao liberalismo, corrente tão adstrita ao modo de pensar americano, proclamando a indeterminação do direito que emergiu no ambiente do modo de produção capitalista<sup>2</sup>. A maioria de seus pensadores são herdeiros do ativismo político dos anos 60 e 70 nos Estados Unidos e se concentraram em pensar o direito como ideologia, como legitimação e como força hegemônica<sup>3</sup>.

Duncan Kennedy demonstra a ambivalência no CLS ao esclarecer que, se de um lado o movimento insiste no direito como campo autônomo de luta cultural e política, de outro, empenha-se em demonstrar as incoerências e contradições do direito<sup>4</sup>. Assim, ao mesmo tempo em que o direito é elemento de mudança é também mecanismo defeituoso, que não completa a tarefa a que se propõe e precisa sofrer uma renovação para servir a seus fins.

Um dos principais pleitos do CLS nos seus primeiros dias era o fim da exclusão das questões de justiça social, econômica e sexual dos programas de ensino do direito, o que, alegavam, favorecia a manutenção do *statu quo*. O direito seria, nesses termos, um instrumento de manutenção da ordem vigente, que se contrapõe a ideia do movimento, que coloca o direito como fator de mudança.

Para Duncan Kennedy, o CLS parece ter falhado como instrumento de transformação da sociedade, mas obteve sucesso na mudança dessa educação jurídica lacunosa. O CLS desafiou o ensino clássico do direito, instituindo a hermenêutica e questões mais desafiadoras referentes a sociedade, justiça e sexo como parte do programa de educação no direito. No entanto, para ele, o ambiente do curso de direito ainda reproduz convenções de poder: os

---

<sup>1</sup>ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>2</sup>GODOY, Arnaldo. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger**. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

<sup>3</sup>ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>4</sup>ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

professores são majoritariamente brancos, do sexo masculino, pretensamente corretos nas suas atitudes e com todas as características da classe média<sup>5</sup>.

Os Estados Unidos, berço dos *crits*, nunca foram um país que favoreceu o crescimento da esquerda. Traz consigo um viés liberal e conservador adstrito à cultura e modo de pensar majoritários. O CLS, então, tem um papel importante na formação de uma esquerda jurídica, de modo que pode promover debates mais institucionalizados acerca do ensino do direito.

Dessa forma, sob o jargão “direito é política”, o CLS apresenta para o direito uma abordagem pós-positivista, esquerdista e hermenêutica. Critica a ideia de que o conhecimento científico é sempre neutro e objetivo, o que condiz com o pragmatismo de William James, em que verdades são posições pessoais e a ciência se faz com subjetividade<sup>6</sup>.

De fato, o CLS tem a mesma origem que o realismo jurídico americano, ambos herdeiros do pragmatismo filosófico do final do séc. XIX. Mangabeira Unger entende que qualquer doutrina jurídica deve representar o que se propõe a explicar em termos de vida real, deve trazer consequências práticas, revelando a influência do pragmatismo filosófico, conjunto teórico que desdenha de qualquer filosofia que não proponha resultados práticos<sup>7</sup>. Para o CLS não há como dissociar o pensamento jurídico de suas próprias razões, sua maneira de entender o entorno. É preciso negar a metafísica, como fez o pragmatismo anteriormente, e negar a filosofia do direito que rejeita o estudo das consequências práticas desse direito.

O realismo jurídico foi o primeiro herdeiro do pragmatismo, mas pode-se dizer que o CLS deu continuidade ao realismo, promovendo a subjetividade encontrada através do empirismo acima do apego irrestrito à lei. No entanto, o CLS critica frequentemente o realismo a medida que entende que este adotou apenas um ceticismo moderado, ainda crente e permissivo diante do positivismo jurídico.

Um dos principais realistas é Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte americana entre 1932 e 1937. Ele entendia que cada indivíduo não apenas tem suas próprias crenças, sua filosofia de vida, mas é impossível separar essa filosofia do seu trabalho de magistrado. Descrevendo a sutileza das forças subconscientes que regulam a infusão de nossas decisões, Cardozo recorda James quando diz que

---

<sup>5</sup>GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10254>>. Acesso em 16/08/2013.

<sup>6</sup>JAMES, William. **Pragmatism's Conceptions of Truth.** New York: Dover Publications, pág. 86.

<sup>7</sup>GODOY, Arnaldo. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger.** Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

Cada um tem uma filosofia básica de vida, mesmo aqueles para os quais os nomes e as noções de filosofia são desconhecidos ou constituem anátema. Há em cada um de nós uma torrente de tendências, quer se queira chamá-la filosofia ou não, que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente.<sup>8</sup>

No entanto, Cardozo, apesar de entender que o magistrado tem o condão de influenciar a concretização do direito, na medida em que atribui sentido à norma e esse sentido passa pelo filtro da personalidade e crenças pessoais, não defende o decisionismo irrestrito.

Cardozo desenvolve métodos que explicam o processo de decisão que o magistrado faz uso, mas os condiciona em todos os termos à adesão ao precedente. Assim, quando constrói os métodos da filosofia, tradição, história e sociologia, está, na verdade, admitindo que, apesar da decisão judicial ser um processo pessoal, é algo organizado do ponto de vista normativo, a medida que o magistrado deve estar apegado ao precedente. Como Lorena Freitas ensina, o realismo jurídico, ao dizer que direito é o que os juízes dizem que é direito, assim o faz sem se desprender da norma ou da adesão ao precedente<sup>9</sup>.

Desse modo, é possível notar a postura moderada do realismo, que se coloca entre o formalismo positivista e o puro decisionismo. O CLS deu continuidade ao realismo de modo crítico, com viés de esquerda, usando um ceticismo mais radical.

O que Cardozo chamou de elementos subconscientes podem ser trazidos para o CLS como ideologia<sup>10</sup>. Para Kennedy duas ideologias vão moldar o pensamento e produção do direito nos EUA: liberalismo e conservadorismo. É preciso observar aqui que o âmbito de produção do direito que se fala não é o legislativo, mas o judiciário, pois para o CLS o direito é criado pelo Poder Judiciário. Então **quando o CLS propõe que o liberalismo e o conservadorismo regem a formatação do direito estão dizendo nada mais que assim o fazem na medida em que essas ideologias permeiam a atuação dos juízes, responsáveis pela decisão judicial e, por isso, pela produção do direito.**

**Ideologia** é a pretensão de universalizar a forma de pensar as relações sociais que está intrinsecamente relacionada com a defesa de interesses de grupos. A defesa dessa ideologia, para o CLS, se dá através do **comportamento estratégico**: a atitude do juiz de decidir de acordo com suas preferências externas ao direito, que se relacionam muito mais

---

<sup>8</sup> CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 8.

<sup>9</sup> FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. Recife: o autor, 2009, p. 34.

<sup>10</sup> MEDEIROS, Gilmara Joane Macedo. **Realismo Jurídico e Critical Legal Studies: diferentes posturas críticas do direito**. Anais do II Encontro PROCAD UFAL-UFPE-UFPB. Recife, 2011.

com questões de ordem social e política, para depois fundamentar essa decisão externa num material jurídico.

Com isso, Kennedy ensina que é necessário assumir uma **hermenêutica de suspeita**, isto é, uma postura de desconfiança sempre tentando relacionar o discurso jurídico com um discurso político. Ou seja, é preciso não acreditar nas características normalmente atribuídas ao direito, como neutralidade, objetividade ou racionalidade. **Hermenêutica de suspeita é a postura cética diante do positivismo jurídico, o entendimento de que a produção jurídica dos tribunais estaria diretamente relacionada a um discurso político, o que explica a máxima de que “direito é política”.**

**A retórica jurídica, mascarada através de toda sua técnica positivista de aplicação, esconderia que o direito é, na verdade, um mecanismo de institucionalização de interesses de grupos sociais<sup>11</sup>. A decisão judicial seria, então, orientada pela preferência ideológica do julgador.** O julgador tem uma variedade de materiais jurídicos dos quais, ao menos um, deve servir para justificar sua decisão pessoal, advindo de sua ideologia. Essa ideologia pode ser particular ou pode ser uma ideologia de classe, intrinsecamente relacionada ao *statu quo* social e econômico.

Os interesses de grupo, isto é, a ideologia, são assimilados pelo corpo político sob a forma de leis, transformando a ideologia em direito e permitindo que o grupo dominante formule demandas baseado em fundamentos jurídicos, não mais meras preferências<sup>12</sup>.

Kennedy acredita que, no direito ocidental, o discurso de qualquer autoridade, entre elas o magistrado, tenta legitimar o poder do Estado. A maneira tradicional positivista de entender o direito nega dois aspectos importantes acerca da legitimação do poder do Estado. O primeiro deles seria o fato de que o direito dá a um cidadão um grau de poder em detrimento de outros cidadãos, ou até mesmo promove graus diferentes de poder entre determinados grupos. Isso promove a reprodução cristalizada dessas hierarquias de poder dentro da sociedade. A cultura e o próprio costume da sociedade ensina que o juiz é alguém superior, ele está num patamar hierárquico acima dos demais.

Da mesma forma, no segundo ponto, o positivismo entende que o sistema tem lacunas, conflitos e ambiguidades e que estas devem ser resolvidas pelos juízes. Esses magistrados têm consciência ou semiconsciência da ideologização do estado positivista, que

---

<sup>11</sup> KENNEDY, Duncan. **La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies**. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)> Acesso em 19/08/2013.

<sup>12</sup> KENNEDY, Duncan. **La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies**. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)> Acesso em 19/08/2013.

promove uma formatação hierárquica da ordem social<sup>13</sup>, colocando eles mesmos, os juízes, numa posição superior. Essa observação aponta a parcialidade do magistrado no momento da decisão, a medida que tem o Estado a seu favor e como seu legitimador, engrandecendo-o hierarquicamente.

Kennedy aponta a ingenuidade de se acreditar que o magistrado apenas aplica a lei, mas não cria norma ele mesmo. A ideologia permeia o discurso normativo na medida em que os magistrados usam do comportamento estratégico anteriormente mencionado para decidir. Assim o fazem sabendo que podem contar com a hierarquização a seu favor como forma de proteção.

Numa situação hipotética de transparência quanto à permeabilidade de ideologias pessoais no discurso jurídico, o resultado político seria diferente do que se tem em regra, a retórica da subsunção do fato à norma. Tal hipótese promoveria a consciência geral de que a política faz parte da decisão judicial. O CLS tenta promover justamente o fim dessa ilusão, de modo que seja possível para todos conceber que um juiz pode estar agindo de forma parcial, ou mesmo de má-fé, se essa decisão for a favor ou contra sua ideologia. Para os *crits*, é necessário quebrar o paradigma do juiz protetor, é preciso desconfiar da suposta neutralidade que permeia os limites da decisão judicial.

Os *crits* defendem o fim da concepção da lei sob o viés da objetividade. A própria criação legislativa segue parâmetros de julgamentos de valor, opções e alternativas, especialmente nas normas abertas, que são conceitos eminentemente subjetivos. Usar a lei como instrumento objetivo e, por isso, facilmente controlável é um erro. A lei não tem o condão de controlar a decisão do magistrado.

O objetivismo é a crença que leis e precedentes detêm autoridade plena sobre o instrumental jurídico. Mas Mangabeira Unger ensina que o objetivismo é apenas um mecanismo que afasta o entorno, as ideologias políticas e sociais do seu vínculo com a realidade jurídica<sup>14</sup>. O objetivismo tenta dotar de realidade o kelsianismo puro, centrado em problemas formais. O jurista moderno tenta tratar os problemas jurídicos sem tocar no assunto de interesses de grupos ou em política, invocando a impessoalidade na aplicação do direito. O que o CLS defende é que isso é impossível, a subjetividade resiste no direito no momento que a decisão judicial passa pelo crivo subjetivo da ideologia do magistrado.

---

<sup>13</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10254>>. Acesso em 16/08/2013.

<sup>14</sup> GODOY, Arnaldo. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger.** Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

Reforça-se, então, a hermenêutica da suspeita. Qualquer cidadão que se preste a interpretar o direito deve ter em mente a busca da motivação ideológica embutida na decisão. A decisão de direito é ensinada a se revestir de caráter de objetividade, impessoalidade ou neutralidade, mas é possível encontrar por trás dessa decisão as verdadeiras motivações do juiz. Para os CLS, o magistrado aproxima a justificação legal do discurso político vigente, aquele que o convence em razão de ser o discurso de dominação político. Essa dominação vem justamente trazer a conotação de hierarquia da qual o juiz, como aponta Kennedy, beneficia-se.

O fato de que cada decisão é revestida de uma posição ideológica é inferência lógica da admissão de que qualquer decisão judicial é uma decisão pessoal, decisão do magistrado que a profere, e, por isso, traduz as idiosincrasias de cada um.

Kennedy traz, então, a proposta de um pós-direito, que é a aceitação de que a crença no poder judiciário vem da fé que se tem nos direitos subjetivos<sup>15</sup>. O Estado democrático, com suas heranças jusnaturalistas, leva os cidadãos a acreditarem em direitos primígenos, direitos que fundamentam todos os direitos, o direito de se ter direitos, a garantia jurídica de se ter justiça. Com a ruptura com essa fé, é possível enxergar a produção do direito como realmente é, uma afirmação de ideologias dominantes.

Kennedy é um dos principais críticos da postura mítica dos magistrados como figura popular que detém verdades e poderes maiores que os demais. Esse ideário serve apenas para construir a ideia de que os magistrados estariam acima de interesses pessoais, disposições partidárias ou compromissos ideológicos. **A cultura do direito parece colocar o juiz como ícone despersonalizado de uma intuição moral incorruptível, como se seu trabalho trouxesse como resultado nada além da verdade. O juiz não é o defensor do cidadão comum, ele foi colocado numa situação hierárquica de poder e tem em suas mãos o condão de decidir sobre os demais de acordo com suas próprias convicções, o que não faz dele, de nenhuma forma, um protetor incorruptível do seu menor hierárquico.**

A reivindicação da *Critical Legal Studies* é de que não há como falar de forma politicamente neutra e coerente quando se refere a uma decisão judicial. Se o realismo jurídico entende que o resultado de um processo judicial pode ser diferente do que está na lei, o CLS defende que a classe dominante vai garantir que esse resultado não esteja contrário aos

---

<sup>15</sup> KENNEDY, Duncan. **A Critique to Adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

seus interesses. O movimento substituiu as principais ideias do pensamento jurídico moderno pela análise da concepção da lei, uma abordagem política no estudo do direito<sup>16</sup>.

Assim, o CLS é um movimento que estuda o direito desconfiando da neutralidade e objetividade na decisão judicial. Essa postura crítica de abordagem do direito permite trazer explicações na análise casuística de diversas matérias de direito que parecem desafiar o homem comum que tenta analisar a decisão sob o viés meramente legal. O CLS vai trazer um olhar fresco para a realidade jurídica que se tem no dia a dia da operação do direito, de forma a explicar fenômenos que o positivismo esquivou-se de responder. A análise da proteção do direito concorrencial pelo CADE é uma dessas matérias curiosas que parecem comungar com as ideias do CLS.

## **2. O direito concorrencial e o papel do CADE na proteção econômica da sociedade**

A primeira lei antitruste da contemporaneidade foi promulgada em 1889, no Canadá. Foi uma tentativa de proteção do comércio canadense, que queria firmar sua soberania econômica, em oposição a viver sempre às sombras do mercado americano. No entanto, é o *Sherman Act*, ato legislativo norte-americano de 1890, o mais conhecido pela história. Ele garantia a ilicitude dos acordos restritivos da concorrência e monopolização do comércio<sup>17</sup>.

A garantia do direito de concorrência se dá através do equilíbrio entre dois princípios importantes: a liberdade de empreender e a liberdade de concorrência. Esses dois preceitos são muitas vezes confundidos como um só, quando, na verdade, são contraponto um do outro<sup>18</sup>.

A liberdade de empreender é a proteção jurídica que o ente pessoa física ou jurídica tem de empreender sem sofrer interferências do Estado. No entanto, a liberdade não é um direito absoluto, só é permissiva até os limites da abusividade. O direito de liberdade é um direito de natureza negativa, ele é assegurado pela não interferência do Estado. Mas essa premissa só funciona até certo limite, uma vez ultrapassado esse limite, está caracterizado o abuso. O abuso dentro da questão específica da liberdade de empreender se dá através da regulação econômica. Por isso, justifica-se em certos momentos a interferência estatal na liberdade de empreender.

---

<sup>16</sup> UNGER, Roberto M. **The Critical Legal Studies movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 1.

<sup>17</sup> AGUIILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. Atlas: São Paulo, 2006, p. 225.

<sup>18</sup> AGUIILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. Atlas: São Paulo, 2006, p. 228.

A liberdade de concorrência faz o contraponto com a de empreender a medida que significa a prerrogativa de qualquer cidadão de fazer concorrência. A concorrência é uma liberdade de um agente em relação a outro, é a garantia de todos de concorrer livremente nos seus empreendimentos econômicos. Assim, a livre concorrência é justamente a limitação do livre empreendimento. Por causa da livre concorrência não é desejável que o Estado permita um livre empreendimento absoluto ou abusivo.

A tutela constitucional da livre concorrência se dá através do art. 173, §4º da Constituição. A norma superior estabelece a devida repressão ao abuso de poder econômico que vise a dominação de mercado e anulação da concorrência.

Quanto à legislação inferior, a principal lei antitruste em vigor até pouco tempo era a Lei 8.884/94, que colocou o CADE como uma autarquia federal, fortalecendo sua autonomia no desempenho do controle da concorrência. O CADE, apesar de anterior à lei de 94, não tinha o condão de atuar incisivamente na proteção do direito concorrencial até então. Sua primeira previsão se deu em 1945, com o decreto-lei 7.666, que nunca teve aplicação prática. A medida foi bastante impopular no meio empresarial da época, causando desconforto com os poderes dado a esse órgão. A Lei 4.137/62 designou mais uma vez o Conselho Administrativo de Defesa Econômica com poderes de intervir e desapropriar empresas que praticassem abuso econômico. A Lei 8.158 mudava a competência do CADE, responsabilizando-o por medidas preventivas e julgamento de acusações de abuso. Até que, por fim, foi promulgada a Lei 8.884/94.

Em 2011 foi promulgada a nova lei brasileira antitruste nº 12.529/11. A maior inovação da nova lei em relação à anterior é que o antigo controle *a posteriori* passa a ser prévio, aumentando expressivamente o controle preventivo do CADE. Qualquer operação de fusão e incorporação de empresas deve ter a aprovação prévia do órgão para ser formalizada legalmente.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é um tribunal administrativo composto por seis conselheiros e um presidente nomeados pelo Presidente e sabatinados pelo Senado. O Conselho delibera por maioria absoluta com quórum mínimo de cinco membros. Suas funções estipuladas por lei são orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico. Para concretizar essas funções ele precisa ter três abordagens diferentes: uma preventiva, uma repressiva e outra educativa.

O CADE atua preventivamente nas análises das incorporações, fusões e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Esse papel preventivo aumentou significativamente com a promulgação da Lei 12.529/11. O Conselho tem a prerrogativa de

julgar as pretensões de fusões empresariais de modo a prevenir a formação de trustes antes da concretização da incorporação. É necessário analisar os efeitos do negócio, especialmente no que se refere ao prejuízo à livre concorrência. Se na sua análise o Conselho constata a possibilidade de danos, pode impor restrições, bem como obrigações de fazer ou não fazer, que condicionam a aprovação do negócio.

A imposição de condições é uma medida que vem para garantir simultaneamente os dois princípios da livre concorrência e do livre empreendimento. Ao mesmo tempo o CADE permite fusão empresarial e, por isso, o livre empreendimento, como também garante a livre concorrência, a medida que as condicionantes garantem, em tese, supressão de abusividade.

As análises do CADE se dão através dos atos de concentração. Em sentido estrito, atos de concentração são a união do centro decisório de um ou mais agentes econômicos. Essa união deve se dar de maneira definitiva, de modo que o poder decisional de um agente econômico seja transferido para um poder dominante antes relacionada a outro agente<sup>19</sup>.

A situação de concentração econômica com junção de poder de decisão se dá não apenas em caso de incorporações, mas também quando dois agentes econômicos de fundem ou se associam ou celebram contrato de consórcios ou *joint ventures*<sup>20</sup>. Para que se concretize a situação de concentração econômica analisada pelo CADE também é necessário verificar o reflexo financeiro que isso traz para o mercado. A operação que caracteriza concentração econômica é aquela que acarreta grande movimentação financeira, de acordo com o art. 88, I e II da lei, que promovem a análise dos balanços comerciais das empresas envolvidas na concentração.

O que ocorre é que, com a promulgação da nova lei, sempre que forem verificados atos de concentração de uma ou mais empresas no mercado que tragam uma grande movimentação financeira, essas uniões terão que ser previamente analisadas pelo CADE, sob pena de nulidade do ato de concentração. Foi essa a principal alteração da nova legislação, o controle prévio da concentração de agentes econômicos.

O antigo controle posterior do CADE dos atos de concentração ensejava uma insegurança, a medida que a decisão negativa da permissão de incorporação acontecia quando a união já estava concretizada. A medida negatória do CADE, então, sofria um prejuízo

---

<sup>19</sup> ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. **Conceito jurídico de Ato de Concentração**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC – SP. Ano 2006.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. **A nova lei antitruste e o sistema de análise dos atos de concentração econômica**. *Revista Desafios do Desenvolvimento*, 2012, Ano 9. Edição 74 - 31/10/2012.

prático de proporções consideráveis, ora o próprio desfazimento do negócio já concretizado pesava na balança decisional dos conselheiros. Assim, a Lei 12.529/11, com a instituição do sistema de notificação prévia dos atos de concentração, evita o desfazimento das operações já consumadas e extingue mais um empecilho para efetivação do direito concorrencial.

O papel do CADE na análise prévia dos atos de concentração deve ser o impedimento da formação de monopólios. De fato, a ideia por trás do CADE é a prevenção do modelo clássico de monopólio, que ensina que sempre que uma empresa está na posição de ofertar uma parcela significativa da quantidade de certo produto seu plano de produção muda. A empresa nessa posição passa, então, a seguir um plano maximizador de lucros, diminuindo a quantidade da produção. A empresa com poder no mercado produz menos produto para que possa elevar o preço da unidade, colocando em prática a lei da oferta e da procura da economia clássica. Seguindo essa regra da manipulação do preço os consumidores do produto passam a igualar a sua valoração pessoal do bem, assim, o consumidor, com o tempo e a elevação gradual do preço, acredita que esse é o real valor do produto.

O CADE vem, então, para impedir todo o processo desde sua origem. Se antes da união de duas ou mais empresas é preciso passar pela aprovação do CADE, então ele tem o condão de impedir a formação de um monopólio com poder econômico para manipular os preços e elevar o valor do produto no senso comum.

Na análise dos atos de concentração o CADE pode tomar uma de três decisões: pode aprovar, aprovar com condições ou rejeitar o ato<sup>21</sup>. Historicamente, as decisões do CADE sempre foram mais volumosas no sentido da aprovação, com a indicação mais recente de aprovações com a imposição de condicionantes. De fato, no período entre 1994 e 1998 e entre 2000 e 2004 o CADE só deixou de aprovar três atos de concentração, o correspondente a 0,1% do total de casos julgados<sup>22</sup>.

Além do papel preventivo, o CADE tem ainda a função repressiva. Essa função é exercida através da análise de condutas empresariais que caracterizam crime ou qualquer outra proibição prevista em lei. Dentre as principais acusações julgadas pelo CADE tem-se a prática de cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordo de exclusividade etc. Diante da constatação de qualquer dessas hipóteses o CADE deve reprimi-las, indicando e provando a prática dessas condutas criminosas. A existência em si de estruturas concentradas de mercado como monopólios não é ilegal. O que ocorre é que, com o poder de mercado que possuem,

---

<sup>21</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. Atlas: São Paulo, 2006, p. 239.

<sup>22</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. Atlas: São Paulo, 2006, p. 239.

tem um maior potencial para realizar condutas anticoncorrenciais e devem ser monitoradas para, cometendo condutas ilegais, serem prontamente acusadas.

O CADE tem permissão para formular seu próprio regimento interno. Dentro desse regimento dispôs diversas regras de natureza material<sup>23</sup> que definem as práticas restritivas da liberdade de concorrer passíveis de repressão. A doutrina divide essas restrições em horizontais e verticais. Dentre as práticas de restrições horizontais estão os cartéis e outros acordos entre empresas, que são os acordos entre concorrentes de mercado de controle de preço, quotas de produção e divisão territorial. Além disso, os preços predatórios e a eventual limitação injustificada a concorrência entre profissionais também são restrições horizontais.

Já as práticas restritivas verticais são aquelas que acontecem ao longo da cadeia produtiva, desde a captação dos insumos até a colocação do produto na prateleira. O CADE traz uma lista não taxativa das restrições verticais que inclui fixação do preço do produto final pelo fornecedor, fixação de preços diferentes pelo produtor para seus diferentes compradores, venda casada, restrições territoriais etc.

Ainda se faz importante o papel educativo do CADE na medida em que deve ainda promover a difusão da cultura da livre concorrência. O CADE educa quando procura manter parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e outros órgãos do governo, além de incentivar palestras, cursos, artigos, seminários e revistas que discutam o tema da concorrência<sup>24</sup>.

As três premissas do CADE, a prevenção, a repressão e a educação são, na verdade, três maneiras diferentes de promover a tutela da concorrência, que é o fim primordial do órgão. A tutela da concorrência tem previsão constitucional no art. 170 e ss. da CF e protege a existência digna nos moldes de se fazer justiça social. As três funções de CADE compõem a proteção desse princípio constitucional.

Além do CADE, o Banco Central exerce uma importante função no controle público do acesso ao mercado das instituições financeiras garantindo a segurança do mercado e mantendo o grau de concentração em níveis desejáveis. No entanto, o BACEN é um órgão do Poder Executivo, o que, muitas vezes, prejudica seu julgamento nas medidas que são do interesse do governo. É o que constata nas privatizações. A lei exige a pulverização das estatais vendidas, mas tal cautela de proteção à livre concorrência não foi observada, transformando monopólios estatais em oligopólios privados. Um órgão capaz de separar interesses dessa espécie precisa de um mínimo de independência. Dessa forma, a autonomia

---

<sup>23</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. Atlas: São Paulo, 2006, p. 237.

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>

do CADE em relação ao Executivo, na medida em que tem natureza jurídica de autarquia, se faz importante para garantia da supremacia do interesse da livre concorrência.

No entanto, a tese de que a livre concorrência garante um suposto equilíbrio no mercado, de modo a garantir os preços concorrenciais, não é absolutamente aceita. As leis antitrustes contribuiriam para uma instabilidade econômica, dificultando os planos de ação das empresas que estariam sempre receosos no momento de fomentar planos de longo prazo. Essa crítica só se subsidia no fundamento de que o direito concorrencial não é vantajoso, o que não é o posicionamento aqui defendido.

O que não é vantajoso para a livre concorrência é a postura das grandes empresas de antever as decisões do CADE, muitas vezes investindo em lobby e negociações com vistas a driblar os fundamentos do direito concorrencial que devem ser protegidos pela organização. Tal postura de antecipar as consequências das decisões da empresa no CADE acaba adicionando uma complicação onerosa no produto final, o que será revertido para o consumidor. A ideia é que essas empresas parem de se preocupar em como driblar órgãos estatais e se preocupem em como servir melhor o consumidor, o que é vantajoso para a própria empresa e a livre concorrência.

Com a globalização e a entrada de cada vez mais dinheiro estrangeiro no Brasil aumenta o número de transações de aquisição do controle de empresas brasileiras. Esse fenômeno coloca na balança dos julgadores duas situações: ao mesmo tempo em que é preciso proteger o direito concorrencial também se faz necessário considerar a importância da mundialização do mercado. A questão que se pode levantar, então, é até que ponto a falta de reprovações de CADE, como se verá mais adiante, não se trata, na verdade, dos julgadores cedendo à pressão do lobby dos empresários para permitir a livre manipulação do mercado nacional? E mais, essa manipulação não poderia ser qualificada como a ideologia por trás da decisão, como ensina o CLS? É o que se tenta responder a seguir.

### **3. Algumas decisões do CADE sob a crítica do CLS**

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é um tribunal administrativo que vai assegurar a efetivação das leis antitrustes. Mas o mais especial para esse trabalho são as decisões do CADE que de certa forma são divergentes entre si, de modo a testar a hipótese de que o CLS promove um entendimento completo sobre a atuação do CADE, explicando que são as ideologias dos julgadores que definem a decisão, não o direito.

A princípio, cumpre definir que o CADE é um Tribunal Administrativo, não cabendo das suas decisões nenhum recurso no âmbito do Poder Executivo. Das decisões do CADE cabe um recurso administrativo. Mas, além do recurso em vias administrativas, é prática das empresas insatisfeitas com as decisões, apresentar um recurso inominado ao TRF 1ª região, Tribunal competente para atender as causas advindas de decisões do CADE. É ao Judiciário que cabe a última palavra, caso acionado, como salienta Fernando de Magalhães Furlan:

É ao Judiciário que cabe, em última instância, a aplicação da lei antitruste, considerando o inarredável sistema pátrio da jurisdição única. O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação específica da concorrência depende não somente do debate no âmbito dos órgãos responsáveis pela jurisdição administrativa, mas especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias<sup>25</sup>.

Não resta dúvida, portanto, que o controle jurisdicional é plenamente possível nas matérias de competência administrativa, seja ela vinculada ou discricionária. Um dado interessante e probatório dessa situação é que em 1997 existiam 70 ações judiciais em que o CADE figurava como parte, o que significa que se tratava de matéria de competência do CADE que acabou indo para o Judiciário. Mas em 2004 o número de ações pulou para 728, um aumento percentual de mais de 1000%<sup>26</sup>.

Assim, o CADE extrapola sua natureza administrativa a medida que suas decisões tem repercussões judiciais. Essa observação aproxima a discussão aqui proposta de que o CLS com a tese de que ideologias - mais que materiais jurídicos - fundamentam as decisões do CADE divergentes entre si.

Como anteriormente demonstrado, o índice de reprovação dos atos de concentração foi de 0,1% nos últimos anos. No balanço demonstrativo de 2012<sup>27</sup> é possível perceber que, dos 825 atos de concentração julgados, apenas 3 foram reprovados. Duas dessas reprovações referem-se à concentração de hospitais e outra é de empresas da área de construção civil, a aquisição de participação da fabricante de cimentos Cimpor pela Votorantim.

---

<sup>25</sup> FURLAN, F. de M. A aplicação das leis antitruste no poder judiciário brasileiro. **Jornal Valor Econômico**, 30 set. 2002, p. 31.

<sup>26</sup> CASTRO, R. M. **A repressão ao abuso de poder econômico em face da reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC)**. *Rev. Ciên. Jur. e Soc.* da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 63-78, jan./jun. 2008.

<sup>27</sup> Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%20-%202012.pdf>>

Um dado curioso na análise do balanço do ano de 2012 do CADE se refere a repercussão de seus atos no Judiciário. É possível perceber que a porcentagem de acórdãos e liminares proferidos em ações que resultam da atuação são, em sua maioria, favoráveis aos seus posicionamentos, confirmando a decisão administrativa. Foram 67% de acórdãos favoráveis ao CADE, ao lado de 86% das sentenças e 74% das liminares, o que confirma a ideia de que as decisões do CADE, mesmo diante de sua natureza administrativa traz respaldos fáticos para a realidade jurídica e econômica do país.

Na tentativa de exemplificar o defendido, isto é, que o CLS é meio teórico adequado que define a melhor interpretação do direito, serão analisados alguns julgados específicos do CADE. Assim, poderemos verificar que a garantia de um texto de lei, por melhor assegurado que seja, está sujeito à interpretação pessoal dos julgadores e, mais que isso, a ideologia pessoal e de classe desse indivíduo. O que interessa para esse trabalho são justamente aquelas decisões que parecem incoerentes entre si, evidenciando o sistema de insegurança que ordena as decisões nacionais.

Tome-se como exemplo os pareceres do CADE relativos a duas fusões: a primeira que resultou na Ambev<sup>28</sup> e outra que pretendia reunir Garoto e Nestlé<sup>29</sup>. Da análise das liminares e decisões que se referem aos processos dos respectivos atos de concentração, o foco argumentativo nas consequências e implicações que as fusões ensejariam é o norte daquelas decisões administrativas, cujos argumentos reaparecem nas liminares e demais decisões judiciais que dali resultam.

O que acontece é que em 1999 as cervejarias Brahma e Antártica propuseram uma fusão que, uma vez aprovada, como o foi, resultou na AMBEV. A AMBEV desde então, apesar de ter sido instada a se desfazer da marca Bavaria, tomou uma fatia de 64% do mercado de cervejas no Brasil, porcentagem bem acima dos 20% que configuram a formação de um truste estipulado em lei. Cabe aqui ratificar que a razão de ser do papel preventivo do CADE gira em torno do combate à formação de trustes.

Nesse mesmo diapasão, o CADE admitiu a fusão de empresas do porte da Perdigão com a Sadia, formando a Brasilfoods; Itaú e Unibanco; BM&F e Bovespa, dentre outros gigantes que se aglomeraram para obter parcela maior do mercado tomando para si o poder de subjugar a concorrência.

---

28

CADE, Ato de concentração n. 08012.005846/1999-12.

29

CADE, Ato de concentração n. 08012001697/2002-89.

O caso da *Brasilfoods* é paradigmático da hipótese aqui trazida, que o CLS pode explicar decisões do CADE que confrontam os próprios princípios que devem proteger. A megaempresa foi criada a partir da fusão da *Sadia* e *Perdigão*, tomando, em alguns seguimentos, 90% do mercado do país. A fusão foi aprovada pelo CADE com restrições, o que significa que as empresas tiveram que vender algumas marcas menores, sem, no entanto, que essas condições tivessem qualquer efeito substancial sobre o poder de mercado das empresas.

Índices de concentração dessa natureza de 90% são expressivos e demonstram quase que inequivocamente a formação de monopólio. A *Brasilfoods* tem, sozinha, condições para praticar aumento de preços, seja reduzindo a oferta ou discriminando os preços. Para se defender de acusações desse tipo a empresa afirmou que não haveria necessidade de aumento de preços, pois um dos benefícios da fusão seria a eficiência na produção, que implica na diminuição de custos.

Afirmações dessa natureza requerem um voto de confiança dos cidadãos na empresa, mas não é assim que o Estado democrático de direito funciona. São formuladas leis pelos representantes do povo de modo a promover segurança e a segurança de mercado é efetivada com o respeito dos empresários a leis que regulam o mercado. São atos jurídicos que ensejam confiança, não apenas uma palavra de conforto.

Além disso, a própria lógica de funcionamento da economia contradiz a declaração da *Brasilfoods*. Uma empresa após uma operação de fusão desse porte deve apresentar resultados, especialmente quando tem capital aberto. Dessa forma, o aumento do faturamento é uma afirmação primordial para a *Brasilfoods* nesses anos que seguem a fusão. As consequências práticas para a população, seguindo a lógica de funcionamento do mercado anteriormente definida, é de preços mais altos, menores quantidades de produto e estancamento do desenvolvimento tecnológico, já que a falta de concorrência coloca o monopólio numa situação de estabilidade.

Dessa forma, se o ato de concentração vai de encontro às leis que devem ser protegidas pelo CADE e não trazem qualquer benefício, mas apenas prejuízo para o consumidor, por que a aprovação da concentração pelos conselheiros? O CLS promove, então, uma explicação cabível para casos como esse. Que outra motivação além da ideologia dos conselheiros pode explicar uma decisão dessa natureza?

Na época do julgamento da fusão, Marcos Paulo Verissimo, um dos conselheiros do tribunal, declarou que as condições impostas para a fusão eram "*mais que suficiente para criar novos players nesses mercados*". Nota-se aqui uma característica comum a toda espécie

de decisão, não apenas a do conselheiro, nem muito menos peculiar a esse caso específico: a crença pessoal, a ideologia individual, cerceando o discurso. Toda decisão é uma decisão pessoal. O que o CLS ensina que essa pessoalidade é observada através da ideologia de classe.

Dessa forma, uma decisão como a que aprovou a Brasilfoods é reflexo da ideologia pessoal dos conselheiros envolvidos na decisão. A hierarquização a qual estão submetidos também traz reflexos para essa ideologia, de modo que seus interesses e sua maneira de pensar estão num patamar hierárquico superior ao dos cidadãos.

Como ensina o CLS, é assim que funciona a hierarquização dos julgadores do direito, eles são elevados acima da população em geral, considerados seres dotados de maior importância em razão de sua função social. Assim, a ideologia dos conselheiros é de uma classe superior, tanto socialmente quanto na organização hierárquica da sociedade. Seu modo de agir, portanto, é bastante aproximado dos empresários e políticos envolvidos nos atos de concentração que julgam, formando-se uma ideologia similar entre eles, o que explicaria as decisões que parecem servir mais aos interesses empresariais que a proteção da concorrência e do consumidor.

Ainda tentando demonstrar a fragilidade do discurso legalista e a pertinência do *critical legal studies* para entender as decisões do CADE, tem-se a oposição entre a decisão que formou a AMBEV e aquela que nega a fusão das empresas Garoto e Nestlé. Estas duas últimas empresas juntas tomariam 70% do mercado de chocolates no país, de acordo com os relatórios da proposta. Uma fatia enorme, mas não destoante dos números aceitos anteriormente pelo Conselho no caso da AMBEV, que também girava em torno dos 70%, podendo-se hoje observar em alguns estados uma fatia de 90% do mercado.

Uma vez negado o pedido de fusão, em 2004, com a ordem de que a Nestlé vendesse as marcas adquiridas da Garoto, a empresa preparou uma contraproposta que incluía abrir mão do chocolate carro chefe da Garoto para a concorrência, que representaria 10% do mercado, entre outras medidas, mas mantendo a fusão e, com isso, as demais marcas. Além dos recursos e alterações nos termos em âmbito administrativo, as empresas recorreram ao Poder Judiciário, através da 4ª Vara Federal do DF, que concedeu uma liminar para que continuassem operando em conjunto.

O processo de fusão da Garoto com a Nestlé está ainda hoje, mais de 10 anos depois, em tramitação. As empresas estão conjugadas com o respaldo mínimo de uma liminar e o mercado fica esperando o julgamento final e encerramento da demanda.

Essa situação enseja mais uma vez a discussão trazida pelo CLS. A medida que se entende que a decisão não passa da demonstração de uma ideologia com fundamento em

direito, é possível perceber a fragilidade do discurso da segurança jurídica. A segurança jurídica é um princípio que sugere objetividade, expectativa de resultado. No entanto, a busca judicial e a justiça em si são fundamentos eminentemente subjetivos e por isso a segurança é faltosa em prevê-las. A situação é ainda mais problemática quando se coloca em discussão os preceitos do CLS, que entende que uma decisão judicial não necessariamente faz justiça, mas apenas assegura a ideologia pessoal de quem profere a decisão.

Nesses termos, a ideia da ideologia definindo a decisão refuta de todo a questão da segurança jurídica, pois não se pode acreditar que o disposto em lei ou observado em outros casos possa definir cada caso particular, visto cada julgador pensar de maneira própria, definindo sua própria ideologia.

São casos como esses que evidenciam que não é possível contar, em absoluto, com uma determinada decisão de um julgador, por mais que estejam assegurados em lei os direitos. Em especial, a contraposição do caso da AMBEV com o da Garoto/Nestlé é paradigmática dos preceitos do *critical legal studies*, a medida que são situações regidas pela mesma legislação e que trazem as mesmas consequências práticas para o mercado, mas tiveram posicionamento absolutamente opostos. A efetividade do direito depende de um fator subjetivo: o juiz e, de acordo com o CLS, a ideologia do juiz. Esse fator não é previsto dentro da temática da segurança jurídica e, por isso, está prejudicada.

Se fundamentações a partir dos mesmos elementos proporcionam decisões de fusões opostas, isso é o que o CLS chama a atenção como sendo da natureza do direito. As decisões do CADE muitas vezes estão eivadas de propósitos econômicos, distantes do direito em si, mas que podem justificar as divergências nas decisões. A motivação real por trás das decisões nem sempre está de todo claro para aqueles de fora da situação. Por que as duas decisões opostas, se as consequências práticas para o mercado são tão parecidas, como no caso da AMBEV e da Garoto/Nestlé?

A categoria do comportamento estratégico trazido pelo CLS pode explicar essa situação. A postura do juiz de decidir de acordo com suas preferências, preferências externas ao direito e que se relacionam com a noção de ideologia, podem explicar as decisões tão díspares em casos bastante similares como o aqui analisado. O julgador assume, mesmo que inconscientemente, a posição baseando-se em questões de ordem social e política para depois fundamentar num material jurídico.

Se se toma que as posições sociais e políticas de um conselheiro de CADE são muito mais aproximadas com as dos empresários responsáveis pelas empresas que aqueles tem que julgar, pode-se explicar a porcentagem de reprovação mínima observada anteriormente.

Assim, diante dos comentários trazidos, parece pertinente a proposta da hermenêutica de suspeita trazida pelo *critical legal studies*. Para se entender uma decisão é necessário assumir uma postura de desconfiança ao analisar o discurso jurídico, assumindo que ele traz para si elementos de ordem estranha, como questões políticas. É preciso se desvencilhar de categorias positivistas como objetividade e neutralidade na decisão e admitir que a produção jurídica reflete um discurso político.

Desse modo, assumindo a postura dos *crits*, é possível dizer que o CADE é, antes de um órgão administrativo, um órgão político e que são as ideologias de seus conselheiros que definem as decisões sobre o mercado nacional, mais que qualquer legislação antitruste. Essa admissão é especialmente problemática para a matéria aqui proposta, pois evidencia que a garantia do direito concorrencial no mercado brasileiro está bastante prejudicada.

## **Conclusão**

Como restou demonstrado, o CADE é uma entidade que tem como principal prerrogativa a proteção do direito concorrencial. No entanto, ora demonstrado, muitas decisões parecem correr no sentido contrário. De fato, o baixo índice de reprovação dos atos de concentração parece indicativo da problemática da efetividade de suas funções. Não apenas isso, mas a análise de determinadas jurisprudências do órgão promove uma percepção da problemática das decisões divergentes em casos quase que iguais.

O *critical legal studies*, um movimento do direito que entende que o discurso jurídico é um discurso político e que as decisões são apenas representações de ideologias pessoais, parece proporcionar explicações teóricas acerca das jurisprudências em análise.

A formação da Brasilfoods, aprovada pelo CADE, institucionalizou um dos maiores monopólios alimentícios do Brasil. As evidências das proporções que a nova empresa, resultante da união de Sadia e Perdigão, toma são claras: em alguns seguimentos, como congelados, tem uma fatia de 90% do mercado.

De que maneira explicar esse fenômeno se não admitindo que os conselheiros dispõem intimamente de seu próprio modo de pensar no momento da decisão? Como na decisão mencionada, o conteúdo jurídico é acessório que serve para justificar uma decisão eivada de subjetividade, o que justifica a observação de que, por vezes, o julgador se afasta da legislação pertinente ao caso.

Da mesma forma, o comparativo dos atos de concentração da Antártica e Brahma e da Garoto com a Nestlé são paradigmáticos daquilo que o CLS chama de comportamento

estratégico, a postura do julgador de agir de acordo com influências externas ao direito. Apenas essa admissão pode explicar como dois casos tão similares têm resultados diferentes; não é o fundamento em direito que justifica essa situação, pois, apesar da previsão legal ser a mesma, o resultado prático é oposto.

Assim, quando o CLS fala da hermenêutica de suspeita, isto é, da necessidade de admitir que, muitas vezes, o julgador age de acordo com suas ideologias pessoais e não estritamente de acordo com a previsão legal, parece explicar natureza desses casos trazidos como exemplo. Para entender o direito e, mais especificamente, as situações aqui demonstradas, é necessário assumir uma postura de desconfiança e desvencilhar-se das categorias positivistas como objetividade e neutralidade.

Nesses termos, fica confirmada a hipótese de que o movimento do *critical legal studies* proporciona o entendimento teórico para explicar as decisões do CADE que parecem divergentes entre si, ora protegendo a livre concorrência, outras vezes não. Com essa conclusão é possível, então, admitir que a garantia do direito concorrencial no Brasil está seriamente prejudicada, pois fica à mercê dos filtros ideológicos dos julgadores.

### **Referências Bibliográficas:**

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. Atlas: São Paulo, 2006.

ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. **Conceito jurídico de Ato de Concentração**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC – SP. Ano 2006.

ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005.

CASTRO, R. M. **A repressão ao abuso de poder econômico em face da reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC)**. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 63-78, jan./jun. 2008.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. Recife: o autor, 2009.

FURLAN, F. de M. A aplicação das leis antitruste no poder judiciário brasileiro. **Jornal Valor Econômico**, 30 set. 2002.

GODOY, Arnaldo. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira**

**Unger**. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O movimento *Critical Legal Studies* e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10254>>. Acesso em 16/08/2013.

JAMES, William. **Pragmatism's Conceptions of Truth.** New York: Dover Publications.

KENNEDY, Duncan. **A Critique to Adjudication.** Cambridge: Harvard University Press, 1997.

KENNEDY, Duncan. **La critica de los derechos em los Critical Legal Sudies.** Disponível em:<[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)> Acesso em 19/08/2013.

MEDEIROS, Gilmara Joane Macedo. **Realismo Jurídico e Critical Legal Studies: diferentes posturas críticas do direito.** Anais do II Encontro PROCAD UFAL-UFPE-UFPB. Recife, 2011.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. **A nova lei antitruste e o sistema de análise dos atos de concentração econômica. Revista Desafios do Desenvolvimento, 2012, Ano 9. Edição 74 - 31/10/2012.**

UNGER, Roberto M. **The Critical Legal Studies movement.** Cambridge: Harvard University Press, 1983.