

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**KELLY CRISTINA MENDES SOUZA**

**DIREITO ANTITRUSTE**

**Defesa da concorrência ou políticas econômicas?**

**São Paulo**

**2006**

**KELLY CRISTINA MENDES SOUZA**

**DIREITO ANTITRUSTE**

**Defesa da concorrência ou políticas econômicas?**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Professor Doutor José Francisco Siqueira Neto

**São Paulo**

**2006**

KELLY CRISTINA MENDES SOUZA

**DIREITO ANTITRUSTE**

**Defesa da concorrência ou políticas econômicas?**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em 12 de junho de 2006

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor José Francisco Siqueira Neto

Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Professor Doutor Gilberto Bercovici

Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Professora Doutora Paula Andréa Forgioni

Fundação Getúlio Vargas

*À minha mãe, pelo amor, apoio e  
confiança que a mim sempre dedicou.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores do Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que muito contribuíram para o meu aperfeiçoamento acadêmico.

## RESUMO

Este trabalho, realizado a partir de pesquisas bibliográficas, utilizou doutrinas, legislação e casos concretos, assim como informações veiculadas em diversas outras fontes, com o objetivo de identificar a finalidade da legislação antitruste na ordem econômica brasileira. Para tanto, o processo de pesquisa iniciou-se com uma abordagem da ordem econômica nacional, eis que a legislação antitruste integra essa ordem; em seguida, ingressou-se no estudo do direito antitruste, analisando práticas atentatórias à concorrência, como a concorrência desleal, o abuso do poder econômico, o cartel, o *dumping*, os preços predatórios etc. Abordou-se também o direito antitruste no cenário internacional, o mercado relevante, o sistema brasileiro de defesa da concorrência e infrações contra a ordem econômica. Por fim, confrontou-se o sistema de defesa da concorrência brasileira com o modelo econômico nacional, questionando o fim e o alcance das decisões proferidas pelas autoridades antitruste nos processos administrativos. A análise dessas considerações possibilitou interpretar a legislação antitruste e identificar sua função na ordem econômica brasileira.

## **ABSTRACT**

Based on bibliographic research, this paper used doctrines, legislations, case laws, as well as information transmitted by several sources, aiming to identify the real purpose of the antitrust law in the Brazilian economic system. Therefore, it started with analyses of the Brazilian economic order, because the antitrust law makes part of this economic order. Furthermore, the antitrust law was studied, by analyzing several unfair trade practices, such as unfair competition, abuse of economic power, cartels, dumping and predatory pricing. International antitrust law, as well as the relevant market and the national legislation competition matters were also mentioned. In the end, it was made a confrontation between the Brazilian legislation competition system and the national economic model, asking the purpose and the significance of the decisions of the antitrust authorities. The analysis of those considerations enables the interpretation of the Brazilian antitrust law and to identify its function in the Brazilian economic system.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 ORDEM JURÍDICA-ECONÔMICA BRASILEIRA</b> .....	13
1.1 Ordem econômica .....	13
1.2 Princípios constitucionais econômicos .....	15
1.2.1 Soberania nacional.....	16
1.2.2 Propriedade privada .....	18
1.2.3 Função social da propriedade .....	19
1.2.4 Livre concorrência .....	21
1.2.5 Defesa do consumidor.....	21
1.2.6 Defesa do meio ambiente.....	23
1.2.7 Redução das desigualdades regionais e sociais.....	25
1.2.8 Busca do pleno emprego.....	26
1.2.9 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte .....	27
1.3 Função econômica do Estado brasileiro .....	29
1.4 Intervenção do Estado no domínio econômico.....	31
<b>2 DIREITO ANTITRUSTE</b> .....	33
2.1 Conceito e alcance do direito antitruste.....	33
2.2 Práticas atentatórias à concorrência .....	35
2.2.1 Concorrência desleal ou abuso do poder econômico?.....	36
2.2.2 Cartel.....	40
2.2.3 <i>Dumping</i> .....	42
2.2.4 Preços predatórios .....	48



2.2.5 Diferentes interesses protegidos .....	52
2.3 Relação entre direito antitruste e societário .....	53
2.3.1 Fusão, incorporação, cisão, sociedades coligadas, <i>joint ventures</i> , consórcios e grupo de sociedades .....	55
3 DIREITO ANTITRUSTE NO CENÁRIO INTERNACIONAL.....	60
3.1 Direito antitruste nos Estados Unidos .....	60
3.2 Direito antitruste na União Européia.....	68
3.3 Escolas do direito da concorrência: Freiburg, Harvard e Chicago.....	74
<b>4 MERCADO RELEVANTE .....</b>	<b>79</b>
4.1 Mercado relevante geográfico .....	81
4.2 Mercado relevante material .....	86
4.3 Metodologia para identificação do conceito elástico de mercado relevante .....	90
4.4 Estruturas de mercado .....	94
4.4.1 Concorrência perfeita .....	94
4.4.2 Concorrência imperfeita .....	95
4.4.3 Oligopólio .....	97
4.4.4 Monopólio.....	98
4.4.5 Monopsônio e oligopsônio.....	99
4.5 Falhas do mercado.....	100
4.6 Como neutralizar as falhas do mercado.....	104
<b>5 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA .....</b>	<b>105</b>
5.1 Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) .....	106

5.2 Secretaria de Direito Econômico (SDE) .....	107
5.3 Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).....	109
<b>6 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA .....</b>	<b>112</b>
6.1 Abuso do poder econômico e posição dominante.....	113
6.2 Infrações contra a ordem econômica .....	118
6.3 Controle das concentrações econômicas.....	122
6.4 Vantagens e desvantagens dos atos de concentração .....	128
6.5 Caráter instrumental da legislação antitruste .....	131
<b>7 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E A ORDEM ECONÔMICA NACIONAL .....</b>	<b>134</b>
7.1 Políticas econômicas.....	135
7.2 Políticas econômicas implementadas através da legislação antitruste? .....	138
7.2.1 AmBev.....	138
7.2.2 Kolynos/Colgate .....	142
7.3 Nestlé/Garoto .....	146
7.3 Defesa da concorrência ou políticas econômicas? .....	148
<b>8 CONCLUSÃO .....</b>	<b>154</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

Qual é a finalidade da legislação antitruste na ordem econômica nacional? Será a defesa da livre concorrência? A proteção à livre iniciativa? A proteção ao consumidor? Ou assegurar o desenvolvimento econômico da nação? Em que contexto econômico o direito antitruste se revela, e de que forma a legislação antitruste alcança seus propósitos?

As normas antitruste têm merecido reconhecimento internacional dos Estados por desempenhar relevante papel no desenvolvimento econômico e social de um país. A forma pela qual as normas antitruste atuam diz muito sobre as pretensões do Estado, no que se refere à organização e orientação do mercado. É possível que a legislação antitruste tenha como finalidade a oferta de melhores produtos por menores preços aos consumidores, bem assim pode ser concebida como um instrumento para se alcançar outros fins que não a defesa da concorrência, como, por exemplo, eficiência econômica, ou simplesmente assegurar a livre concorrência. Enfim, inúmeras são as finalidades às quais a legislação antitruste pode se prestar, de tal sorte que pode vir a ser apreendida em termos de suas conseqüências pontuais, a defesa da própria concorrência ou, num contexto que identifique e organize a atuação estatal nos termos do seu modelo econômico. Diante dessa conjuntura, pergunta-se: qual a finalidade da legislação antitruste na ordem jurídico-econômica nacional?

A proposta deste trabalho é identificar a finalidade última da legislação antitruste na ordem econômica brasileira. Para tanto, visando um estudo sistemático,

se iniciará com uma abordagem da ordem econômica nacional, eis que a legislação antitruste integra essa ordem, sendo imprescindível sua contextualização na ordem econômica a que pertence, pois a resposta a respeito dos seus objetivos não está inscrita apenas na norma antitruste, mas no ordenamento jurídico. Em seguida, se ingressará no estudo da legislação antitruste, tratando do direito antitruste no cenário internacional, do mercado relevante, do sistema brasileiro de defesa da concorrência e das infrações contra a ordem econômica. Por fim, se confrontará o sistema de defesa da concorrência brasileira com o modelo econômico nacional, questionando o fim e o alcance das decisões proferidas pelas autoridades antitruste nos processos administrativos e, finalmente, o trabalho será encerrado apontando o fim a que se presta a legislação antitruste na ordem econômica nacional.

# 1 ORDEM JURÍDICA-ECONÔMICA BRASILEIRA

## 1.1 Ordem econômica

Antes de iniciar o estudo do direito antitruste, é importante fazer algumas anotações sobre a ordem econômica brasileira, pois é nesse contexto que o direito antitruste se desenvolve. A resposta sobre os objetivos e finalidades do direito antitruste vem inscrita na ordem econômica nacional, eis que esta é condicionante daquela.

A Constituição federal de 1988 inaugurou uma nova ordem econômica e traçou o modelo econômico pretendido pelo Estado brasileiro<sup>1</sup>. No Título VII da Constituição, que trata da ordem econômica e financeira, consta a estrutura e as bases dessa nova ordem, que é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cuja finalidade é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, orientando-se pelos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e

---

<sup>1</sup> Washington Peluso conceitua a ordem econômica a partir da idéia de um conjunto de princípios que, funcionando harmoniosamente, oferecem-nos tanto a concepção de “sistema econômico” quanto a de “regime econômico”. O primeiro corresponderia à concepção teórica, ao “modelo econômico”, idealizado ao “tipo ideal”. O segundo já se afirma como traduzindo a realidade da vida econômica. A diferença entre a ordem econômica e a ordem jurídica assemelha-se à que se aponta para a economia e o direito: A ordem econômica compõe-se de princípios fornecidos pela ciência econômica, baseando-se na explicação dos fatos econômicos harmonizados seguindo valores econômicos. A ordem jurídica oferece-nos as normas de conduta que determinam quando os fatos econômicos podem ou não podem ser postos em prática na sociedade organizada, isto é, juridicamente ordenada, garantindo-lhes harmonia segundo valores jurídicos. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 178).

sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido das empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Ao se afirmar que o Estado brasileiro inaugurou uma nova ordem econômica, não se quer dizer que só a partir da Constituição de 1988 a regulação econômica tenha sido objeto de preocupação do Estado. Eros Roberto Grau afirma que “atuação no campo econômico, o Estado sempre desenvolveu. Apenas, no entanto, agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas”<sup>2</sup>. Afinal, mesmo à época do liberalismo, em que se verificava a absoluta liberdade de atuação dos agentes econômicos na atividade econômica, essa liberdade legitimava-se na ordem jurídica existente. O Estado intervinha na ordem econômica, de sorte a contemplar os interesses liberais da classe dominante.

A inclusão no texto constitucional de normas que dão forma a uma ordem econômica<sup>3</sup>, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, é uma referência da transformação que o direito vem sofrendo, pois passa a ser instrumento de implementação de políticas públicas, buscando atender a toda a sociedade.

---

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 13-15.

<sup>3</sup> Washington Peluso assinala que, considerada a natureza política da Constituição, que irá consignar os fundamentos definidores da ordem, chega-se pois ao conceito de ordem jurídico-político-econômica. Seu conteúdo não se limita apenas a um, ou alguns fatos econômicos esparsos. Pelo contrário, também ele se caracteriza por um conjunto de princípios harmonicamente dispostos. Interessando diretamente ao direito econômico, essa ordem jurídico-político-econômica pode ser identificada em qualquer regime político que a tenha adotado e transformado em “direito posto”, pela consagração no texto constitucional, indo até as medidas de natureza legal, que, na legislação ordinária, serão instrumentos de efetivação da política econômica correspondente à ideologia adotada. (SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de direito econômico*, op. cit., p. 179-180).

A ordem econômica inscrita na Constituição de 1988 traz a estrutura e a ideologia constitucionalmente adotadas. Segundo Eros Roberto Grau, há um modelo econômico definido na Constituição econômica de 1988, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descreve como modelo de bem-estar. Prossegue o autor assinalando que a ordem econômica produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o artigo 1º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios da participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que conformam a ordem econômica, aponta no sentido dele.<sup>4</sup>

Para que se tenha a correta dimensão da ordem econômica nacional, é necessário interpretar os princípios que a conformam e a orientam, pois eles são fundamentais à identificação dos objetivos e alcance da ordem econômica.<sup>5</sup>

## 1.2 Princípios constitucionais econômicos

O artigo 170 da Constituição federal de 1988 arrola os princípios basilares da ordem econômica, que têm a finalidade de orientar a atuação do Estado e dos

---

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 269.

<sup>5</sup> A propósito, observa Eros Roberto Grau: “É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que imprime à afirmação de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos. Por isso a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios”. (Ibidem, p. 146).

agentes econômicos na obtenção dos resultados econômicos e sociais desejados pelo Estado<sup>6</sup>. Segundo André Ramos Tavares:

“Independentemente de se entender o rol indicado no artigo 170 da Constituição como contemplativo todo ele de princípios, é certo que nele se albergam, por expressa menção constitucional, não apenas os fundamentos da ordem econômica, mas igualmente suas finalidades, ou seja, os objetivos a serem atingidos por meio da implementação de seus ditames econômicos.”<sup>7</sup>

Acrescente-se assim que a atuação estatal só será efetiva e eficaz, dentro da proposta de desenvolvimento nacional equilibrado, se houver uma integração entre todos os princípios econômicos contemplados na Constituição econômica, uma vez que, como veremos adiante, tutelam interesses conflitantes.

### **1.2.1 Soberania nacional**

Soberania nacional é o poder do Estado de se auto-reger, sem que tenha que se submeter aos ditames de outros governos. É a capacidade de agir da forma que melhor se ajuste às suas necessidades, de fazer valer sua vontade legiferante sobre estrangeiros que se encontrem em seu território com a finalidade de lhe atacar, e de decidir o destino do país. Esse é o conceito de soberania sob o aspecto político. No contexto atual, a soberania é analisada sob dois aspectos distintos,

---

<sup>6</sup> Paulo Bonavides informa que: “Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259).

<sup>7</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003. p. 135.



soberania política e econômica<sup>8</sup>. Essa dualidade se justifica por não se conceber, no cenário econômico internacional, uma soberania absoluta. Desse modo, sob o aspecto político, é possível conceber uma soberania absoluta, não sofrendo o Estado qualquer ingerência externa que possa influir na tomada de decisões ou na direção do país. O mesmo não se verifica sob o aspecto econômico, em função da interdependência econômica entre os Estados, seja ela em maior ou menor grau.<sup>9</sup>

A soberania contida entre os princípios que regem a ordem econômica e financeira é, para André Ramos Tavares, a “preferência” por um desenvolvimento nacional. Portanto, a leitura do “princípio da soberania” deve ocorrer em harmonia e plena sintonia com outro princípio, o do “desenvolvimento econômico”.<sup>10</sup>

Evidencia-se, portanto, que a soberania econômica de um Estado se revela de forma relativa, à medida que é inconcebível a absoluta independência econômica de um país em relação a outros. Afinal, “nenhum país pode se isolar dentro dos princípios de sua economia; não há economia interna isolada; as economias são,

---

<sup>8</sup> João Bosco Leopoldino da Fonseca anota que a “soberania política dificilmente sobrevive se não se completar com a soberania do ponto de vista econômico. As políticas econômicas a serem adotadas devem levar o Estado a firmar sua posição de soberania interdependente perante os demais Estados. A soberania nacional, aqui focalizada, decorre da autonomia conseguida pelas pessoas que integram a nação. Não se pode falar de soberania da nação se os indivíduos que a compõem são incapazes de reger-se por um padrão de vida digno de uma pessoa humana” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro, 2001. p. 88).

<sup>9</sup> Sobre a soberania, a Resolução da ONU editada em 1970, sob o n. 2.625, XXV, disciplina que nenhum Estado nem grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, sob qualquer pretexto, nos negócios internos ou externos de um outro Estado. Conseqüentemente, não só a intervenção, mas também qualquer outra forma de ingerência ou qualquer ameaça voltadas contra a personalidade de um Estado ou contra seus elementos políticos, econômicos e culturais, são contrárias ao direito internacional. Nenhum Estado pode aplicar nem estimular o uso de medidas econômicas, políticas ou de qualquer outra natureza para constranger outro Estado a subordinar o exercício de seus direitos soberanos ou para obter dele vantagens de qualquer ordem que seja.

<sup>10</sup> TAVARES, André Ramos, *Direito constitucional econômico*, op. cit., p. 148.

evidentemente, internacionais”<sup>11</sup>. Nesse sentido, o tratamento da soberania econômica assume posição relevante na ordem econômica constitucional, uma vez que o desenvolvimento econômico de um país está intimamente ligado à forma pela qual a economia é conduzida no cenário nacional e internacional, e o conjunto de normas econômicas deve estar disposto de maneira a orientar e organizar a atividade econômica nacional, viabilizando a expansão da soberania nacional, sob o aspecto econômico.<sup>12</sup>

### 1.2.2 Propriedade privada

O princípio do direito à propriedade privada, previsto no inciso XXII do artigo 5º e no inciso II do artigo 170, é um dos direitos mais antigos inscritos no ordenamento jurídico. A aparição do direito à propriedade em dois momentos distintos no texto constitucional refere-se à tutela de interesses diversos. O direito à propriedade inscrito no artigo 5º trata da propriedade como direito individual, ao passo que a propriedade tutelada no artigo 170 é a propriedade dos bens de produção. Eros Roberto Grau anota que a inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica tem o condão de não apenas afetá-los pela função social, mas também de subordinar o exercício da propriedade privada dos bens de produção aos ditames da

---

<sup>11</sup> CAVALCANTI, Themístocle Brandão. *A Constituição federal comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1952. v. 3, p. 246.

<sup>12</sup> Para Eros Roberto Grau, “afirmar a soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas voltadas não ao isolamento econômico, mas viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional” (GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 206).

justiça social, de modo a transformar esse exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.<sup>13</sup>

O direito à propriedade privada dos bens de produção é o direito fundamental do capitalismo. Nesse sentido, Vital Moreira escreveu que o direito de propriedade tem a função de possibilitar a decisão dos detentores dos meios de produção e das mercadorias sobre a sua produção, distribuição e emprego, sobre ele assentando a distribuição individual do lucro e do risco.<sup>14</sup>

O direito à propriedade privada dos meios de produção condicionado à sua função social denota o propósito da ordem econômica em subordinar o direito à propriedade aos ditames da justiça social, transformando esse direito em instrumento de efetivação do modelo econômico inscrito na Constituição federal.

### **1.2.3 Função social da propriedade**

O capitalismo está centrado na tutela da propriedade privada dos meios de produção, no entanto a propriedade privada mal utilizada não é compatível com a ordem econômica nacional. Isso porque o ordenamento jurídico optou por tutelar apenas a propriedade privada dos meios de produção que esteja em consonância com os fins da ordem econômica nacional.

---

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 215.

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973. p. 151-152.

Notamos, portanto, que o direito de propriedade não é reconhecido como direito absoluto, podendo sofrer limitações para se adequar ao modelo econômico no qual está inserido<sup>15</sup>. Nesse sentido, assinala Isabel Vaz que as modificações das instituições políticas vêm operando alterações no regime das propriedades, de modo a estabelecer uma certa correspondência entre o regime político e o regime econômico. Parece uma realidade que o poder econômico – seja representado pela detenção de propriedades imóveis, de bens de produção, de tecnologia ou valores mobiliários – constitui um dos pressupostos do poder político. Quando se pretende transformar a natureza do poder político, há que se modificar também o regime das propriedades e, através dessa modificação, criam-se novos modelos econômicos.<sup>16</sup>

De outra parte, Rogério Orrutea observa que, em razão do referido princípio, fica o proprietário obrigado a observar desde o papel produtivo que deve ser desempenhado pela propriedade, passando pelo respeito à ecologia, até o cumprimento da legislação social e trabalhista pertinente aos contratos de trabalho<sup>17</sup>. Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta que “reconhecendo a função social da propriedade, sem a renegar, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar social”<sup>18</sup>. A forma pela qual o direito à propriedade é tratado na ordem econômica é essencial à realização dos fins inscritos na ordem econômica nacional.

---

<sup>15</sup> José Afonso da Silva observa que “os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 788).

<sup>16</sup> VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 197.

<sup>17</sup> ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: UEL, 1998. p. 214.

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 310.

### 1.2.4 Livre concorrência

A concorrência sempre esteve presente nas relações comerciais, seja em maior ou menor grau, mas nunca tomou proporções jurídicas como as que se tem atualmente, porque os Estados não visualizavam na concorrência a possibilidade de impulsionar a economia nacional e promover desenvolvimento econômico, refletindo benefícios para toda a sociedade.<sup>19</sup>

O princípio da livre concorrência pode surtir efeitos de ordem econômica, política e social, dependendo da forma como vem disciplinado no ordenamento jurídico e das finalidades do Estado, ou seja, pode-se afirmar que o direito à livre concorrência é um instrumento que pode ser utilizado pelo Estado para o alcance de diversos fins, de acordo com os ditames da ordem econômica em que esteja inscrito. No presente trabalho, essa é a tarefa que nos compete, identificar os fins da lei antitruste na ordem econômica nacional, eis que o alcance e os efeitos do direito antitruste se diferenciam, de acordo com os objetivos econômicos de cada Estado.

### 1.2.5 Defesa do consumidor

Se por um lado o Estado incentiva a livre concorrência, por outro, exerce um controle sobre ela, com a finalidade de proteger o mercado, assim como os

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, Paula Forgioni assinala que “aos agentes é assegurada liberdade de desenvolvimento de atividade econômica, e, para garantir a manutenção do sistema e das regras do jogo, são impostos limites à atuação desses mesmos agentes, disciplinando seu comportamento no mercado. A disciplina da concorrência, então, coloca-se como correlata à livre iniciativa” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 271).

consumidores. Na relação de consumo, o consumidor é identificado como a parte mais frágil, sujeito a regras que lhe são impostas pelos fabricantes dos produtos que consomem. Para balancear essa relação, essencial a atuação do Estado, ditando normas que promovam o equilíbrio entre as partes, de sorte a estabelecer uma relação de consumo mais justa. A Lei n. 8.078/90 estabelece os parâmetros da política nacional de relações de consumo, fixando princípios que nortearão o Estado na sua implementação.<sup>20</sup>

Fábio Konder Comparato, analisando a questão produtor *versus* consumidor, entende que a dialética existente entre produtor e consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital *versus* trabalho. Esta última comporta definições claras e separações radicais, mas o mesmo não se verifica com aquela. Diz o autor que, a rigor, todos somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores encontra-se inserido no mecanismo da produção, direta ou indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre se depara com uma nítida distinção entre fracos e poderosos, em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a

---

<sup>20</sup> João Bosco Leopoldino assinala que “o constituinte entendeu, seguindo as modernas correntes do direito, que um dos elos da economia de mercado é o consumidor, e por isso impõe ao Estado a sua proteção. A proteção consumidor tem duas facetas, importante ambas: protege-se ao consumidor dentro de uma perspectiva microeconômica e microjurídica; mas ao Estado interessa também como uma das formas de preservar e garantir a livre concorrência, proteger o consumidor através da adoção de políticas econômicas adequadas. (...) No Brasil, na linha dessa conduta, o princípio constitucional da defesa do consumidor veio tomar corpo no artigo 4º da Lei n. 8.078/90, estabelecendo os parâmetros da política nacional de relações de consumo, e fixando os princípios que deverão nortear o Estado na implementação dessa política” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da, *Direito econômico*, op. cit., p. 90-91).

tomar o partido deste, e não da classe dos consumidores em geral, como tem sido visto, em episódios recentes.<sup>21</sup>

A relação de consumo é massificada, os bens passaram a ser produzidos em série, de modo que tornou-se difícil uma aproximação entre produtor e consumidor que possibilite uma relação de consumo que atenda satisfatoriamente às necessidades dos consumidores. De outro lado, há a hipossuficiência do consumidor frente ao produtor, demandando a intervenção do Estado para equilibrar a relação de consumo.

### **1.2.6 Defesa do meio ambiente**

A questão da defesa do meio ambiente é uma preocupação coletiva que vem crescendo no cenário mundial. O meio ambiente vem sinalizando e respondendo de forma agressiva ao uso inadequado que o homem faz da natureza. Devido à conscientização da população mundial sobre a necessidade de se preservar o meio ambiente, impedindo que os possíveis efeitos nocivos do desenvolvimento tecnológico e do crescimento urbano prejudiquem ou exterminem os recursos naturais, a questão da proteção ambiental vem sendo objeto de grande discussão, tanto no cenário nacional quanto internacional, porque a defesa do meio ambiente é essencial à manutenção do crescimento e do desenvolvimento da ordem econômica. De outra parte, é ela objeto de grande discussão, por influir e constituir-se numa limitação do direito à propriedade, na medida que busca controlar as

---

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 474-475.

atividades industriais, agrícolas ou mesmo pessoais, nos limites dos interesses da sociedade.

Devido à conscientização da população mundial sobre a urgência de se preservar o meio ambiente, os governos do mundo celebraram tratados visando coibir a degradação indiscriminada do meio ambiente, buscando equalizar desenvolvimento com preservação ambiental, uma vez que ambos são de extrema importância para a melhoria da qualidade de vida e para a perpetuação da raça humana.<sup>22</sup>

É justamente pela relevância do tema que se eleva a questão a preceito constitucional, tamanha a importância do meio ambiente na promoção do desenvolvimento econômico sustentável<sup>23</sup> e, principalmente, do bem-estar do ser humano e das gerações futuras<sup>24</sup>. Basta lembrar que é através dos recursos naturais

---

<sup>22</sup> Observa Cristiane Derani: "(...) torna-se sempre maior a necessidade de normas de proteção do meio ambiente. Normas estas que são evidentemente, sociais, humanas. Destinadas a moderar, racionalizar, enfim a buscar uma 'justa medida' na relação do homem com a natureza. (...) as normas ambientais são essencialmente voltadas a uma relação social e não a uma assistência à natureza." (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 73-75).

<sup>23</sup> Fábio Nusdeo adverte que "é em virtude da inadequada operação dos sistemas econômicos que tenderão a surgir discrepâncias entre a intensidade da utilização de determinados recursos e o verdadeiro custo de oportunidade dos mesmos. Essa discrepância encontra-se na base de fenômeno e sói ocorrer em qualquer tipo de sistema, bastando para tanto não recebam os centros decisórios – as agências estatais, nos centralizados, ou os agentes do mercado, nos descentralizados – os sinais ou informações reveladores da realidade ecológica a fim de introjetá-la na realidade econômica. Melhor falando, a diferença entre as duas realidades virtualmente já desapareceu e, portanto, o tratamento de uma e de outra deve se dar com base em critérios muito semelhantes" (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 372).

<sup>24</sup> Eros Roberto Grau anota que o princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário e indispensável à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna e nutre os ditames da justiça social. O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico" (GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 219-220).



que são extraídos os meios necessários ao desenvolvimento de novos produtos ou ao aperfeiçoamento dos mesmos, e, principalmente, que se garante a subsistência do ser humano.

### **1.2.7 Redução das desigualdades regionais e sociais**

O princípio da redução das desigualdades regionais e sociais está intimamente ligado aos objetivos estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal, que dispõe sobre a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos. A redução das desigualdades sociais e regionais é a grande luta do Estado brasileiro.<sup>25</sup>

Não há como negar a preocupação do Estado brasileiro em minimizar as desigualdades regionais e sociais existentes em nosso país, eis que consta expressamente na Constituição essa orientação. O problema, no entanto, não é de forma, mas de meio, ou seja, de que maneira essa redução será alcançada, quais os instrumentos públicos e quais as políticas econômicas serão adotadas para solucionar a questão.

---

<sup>25</sup> Eros Roberto Grau tece considerações sobre o tema, assinalando que o enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdade, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que todavia, se pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto votada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias. (GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 199).

A inclusão desse princípio na ordem econômica nacional aponta que os benefícios do desenvolvimento econômico e as estruturas normativas erigidas para suportar esse crescimento devem direcionar-se também à redução das desigualdades regionais e sociais, mediante a formulação e execução de políticas públicas que visem promover a integração geográfica e a melhor distribuição de renda em todo o país<sup>26</sup>. Pela importância e urgência desse princípio é que são necessárias medidas públicas de caráter assistencialistas que minimizem os efeitos maléficos suportados pela sociedade em decorrência dessa situação de fato vivenciada por grande parte da sociedade brasileira, eis que o desenvolvimento econômico e social inscrito no modelo econômico não se realizará em curto prazo, e as necessidades da sociedade não são passíveis de espera.<sup>27</sup>

### 1.2.8 Busca do pleno emprego

Dentro do modelo econômico proposto na Constituição federal, é inconcebível o desenvolvimento econômico e social sem que se garanta à sociedade o acesso ao pleno emprego. Por essa razão, esse princípio deve ser objeto de

---

<sup>26</sup> Américo Martins da Silva adverte: “Tratando-se de um sistema capitalista, parece-nos que a intenção do legislador constituinte brasileiro, ao elevar a redução das desigualdades sociais a princípio da ordem econômica, é de orientar a intervenção do Estado na economia no sentido de melhor distribuir a riqueza ou renda nacional, para se proporcionar um aumento do nível de vida, de consciência, de educação e de cultura das camadas inferiores da população, assegurando a cada membro o mínimo de que ele carece, individual e socialmente, para viver dignamente.” (SILVA, Américo Martins. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996. p. 77).

<sup>27</sup> André Ramos Tavares, manifestando-se sobre a matéria, afirma que os efeitos das desigualdades regionais somados aos das desigualdades sociais são, como é do conhecimento geral, catastróficos para o ser humano e para a economia do país. É igualmente conhecida a migração que se promove internamente no país para os pólos de desenvolvimento, o que agrava ainda mais as desigualdades que a Constituição pretendeu fossem combatidas energicamente. (TAVARES, André Ramos, *Direito constitucional econômico*, op. cit., p. 214).

políticas públicas, de sorte a compatibilizar crescimento econômico com desenvolvimento social.

Não se pode incorrer no erro de acreditar que cumpre ao Estado a tarefa de absorção de todo trabalhador que não teve um lugar na iniciativa privada. Se assim fosse, a atuação do Estado estaria fadada ao fracasso, eis que jamais suportaria a geração de tantos novos empregos quantos são necessários<sup>28</sup>. De outro lado, não é menos verdade que cumpre ao Estado adotar medidas que, ao menos, reduzam o índice de desemprego, que promova políticas públicas inteligentes e aptas a conformar as necessidades básicas da sociedade num curto lapso de tempo. Se assim não for, não há porque dar importância à Constituição federal brasileira, pois reduzir-se-ia a um simples manual de intenções, e não de transformação, como se espera que opere. Desse modo, não é aceitável que as omissões e ineficiências do Estado brasileiro sejam justificadas na natureza programática das normas inscritas na ordem econômica nacional.

### **1.2.9 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte**

O tratamento favorecido às empresas de pequeno porte é outra preocupação do Estado na conformação da ordem jurídica econômica ao modelo econômico nacional. A intervenção estatal se realiza tanto no sentido de controlar e

---

<sup>28</sup> Para André Ramos Tavares, a inclusão da busca pelo pleno emprego como princípio constitucional, entretanto, não se pode ter como significado a diminuição imediata dos índices de desemprego ou a inclusão empregatícia de todos os cidadãos. Nesse sentido, não deixa de ser um princípio programático. Não se pode assumir um direito imediato e atual ao não-desemprego. Realmente, não se pode considerar o direito ao trabalho como uma obrigação dirigida ao Estado para atender imediatamente a todos quantos solicitam empregos. (TAVARES, André Ramos, *Direito constitucional econômico*, op. cit., p. 218).

restringir práticas econômicas abusivas, como no de estimular certos segmentos econômicos que, por sua fragilidade face ao mercado, necessita, de auxílio público para se manterem ativos, o que se verifica com as empresas de pequeno porte.

As implementações de medidas que favoreçam às pequenas empresas são essenciais à subsistência delas, eis que, em razão de seu tamanho, estrutura e capital social, não têm condições de suportar os mesmos ônus das grandes empresas. Desse modo, o tratamento jurídico diferenciado às empresas de pequeno porte, visando incentivá-las, mediante a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, é de grande importância para seu desenvolvimento e permanência no mercado<sup>29</sup>. Na doutrina portuguesa, Moncada entende que o apoio às pequenas e médias empresas não se confunde com a prevenção e repressão dos desvios à concorrência. São diferentes objetos de proteção respectiva e o tipo de atividade que os Poderes Públicos levam a cabo nas duas situações. A política de defesa da concorrência, já tradicional em quase todos os países ocidentais, só aceita a intervenção estadual em casos limite, susceptíveis de bloquear o funcionamento do sistema econômico vigente.<sup>30</sup>

O tratamento favorecido que o Estado deve empregar em relação às empresas de pequeno porte, nos termos da Constituição, não visa simplesmente a proteção desses entes, por ocuparem uma posição de fragilidade no cenário

---

<sup>29</sup> Ives Gandra da Silva Martins assinala: “Tratamento favorecido é tratamento mais benéfico, com menos encargos, ônus e obrigações, com mais apoio, auxílio e suporte das autoridades. Claramente, tal tratamento favorecido não surgirá das empresas concorrentes ou do setor privado. Virá das autoridades, do governo, do Estado, do Poder Público. Nestes termos, exigiu o constituinte. Nestes termos, deve a legislação se orientar.” (MARTINS, Ives Gandra da. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 77).

<sup>30</sup> MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 365.

econômico. A finalidade do Estado, quando adota políticas econômicas que as favoreçam, é o desenvolvimento econômico e social da sociedade, pois as pequenas empresas também contribuem para o crescimento econômico do país, eis que aumentam a capacidade produtiva, geram empregos e ajudam na circulação e melhor distribuição da renda. Lembremos que as pequenas empresas são responsáveis por grande parte da geração de empregos, corroborando o princípio da busca pelo pleno emprego, o que justifica portanto a atuação do Estado no incentivo da sua atividade, em prol do desenvolvimento econômico do país.

Importante esclarecer que o tratamento favorecido que o Estado presta às pequenas empresas não se opera em detrimento das médias e grandes empresas, não havendo a supressão dos direitos destas, em prol do crescimento daquelas. O que existe é uma ordem econômica que formulou um modelo econômico que busca a realização do desenvolvimento econômico e social através da intervenção do Estado na economia, para extrair dela o que há de melhor para a sociedade.

### **1.3 Função econômica do Estado brasileiro**

Não é pretensão deste trabalho a investigação da função do Estado face ao ordenamento jurídico em sua totalidade, mas somente compreender a função estatal no modelo econômico atual, porque o Estado não está legitimado a atuar livremente e da forma como melhor entender, pelo contrário, o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, devendo portanto atuar nos limites da lei e a ela se sujeitar.

Da análise efetuada dos princípios constitucionais econômicos, notamos que, não obstante possam conflitar entre si, na medida que a Constituição econômica garante de um lado o direito à liberdade de empresa e, de outro, o direito de intervenção estatal na atividade econômica, o que se apresenta é uma divergência de interesses; quando a Constituição econômica assegura o direito à propriedade privada e, por outro lado, prevê que a propriedade privada atenda à sua função social, novamente se verificam contradições; quando se tem uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, resta claro que o Estado não poderá atender em sua plenitude a ambos os valores. A valorização do trabalho humano e o direito à livre iniciativa encontram-se em lados opostos no sistema capitalista, e o alcance de um pressupõe a limitação ou redução dos efeitos do outro. Nesse contexto, cumpre ao Estado a harmonização desses princípios, para que se relacionem e se complementem, nos termos idealizados no modelo econômico nacional, que Eros Roberto Grau descreve como modelo de bem-estar social.<sup>31</sup>

Dentro da ordem econômica nacional, a principal função econômica do Estado é a adoção de políticas públicas eficazes à efetivação do modelo econômico inscrito na Constituição federal<sup>32</sup>. Vale dizer, o Estado deve atuar de sorte a efetivar o modelo econômico, transformando em realidade o que foi erigido sob as bases de uma ideologia, a do *bem-estar social*.

---

<sup>31</sup> GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 269.

<sup>32</sup> Sobre a função do Estado, escreve Manoel Gonçalves que "(...) não atribui ao Estado a promoção do desenvolvimento, a direção da economia etc., e, sim, tão-somente, zelar pelo interesse geral, cuidando para que a finalidade da economia (a satisfação das necessidades humanas e nessa linha a concretização do bem-estar) seja alcançada, sempre no respeito às normas e princípios inseridos na Constituição" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direito constitucional econômico*, op. cit., p. 39).

Para que o Estado possa desempenhar o papel que a ordem econômica lhe conferiu, qual seja, a efetivação do modelo econômico inscrito na Constituição, deve intervir na economia, orientando a atuação dos agentes econômicos, nos termos dispostos na ordem econômica nacional. Passaremos a estudar o instituto da intervenção, analisando a forma pela qual o Estado está legitimado a intervir na atividade econômica.

#### **1.4 Intervenção do Estado no domínio econômico**

Para Washington Peluso, “intervenção no domínio econômico”, considerada como “ação econômica do Estado”, corresponde à imposição de medidas que lhe atribuem poder crescente de regulamentação, fiscalização e planejamento da atividade privada que exorbita os limites da liberdade de iniciativa; ao mesmo tempo, as demandas sociais exigem mais do que o poder econômico privado podia ou desejava atender<sup>33</sup>. A intervenção do Estado no domínio econômico vem ganhando aprimoramento técnico-jurídico e destacando-se no modelo econômico atual, por responder, numa certa medida, aos anseios dos agentes econômicos. A proposta de intervenção estatal na atividade econômica, de sorte a permitir que os agentes econômicos possam melhor se organizar e desenvolver suas atividades, amparados num ordenamento jurídico que cuida da livre concorrência, viabiliza um cenário mais próximo do ideal de concorrência perfeita e, por conseguinte, das vantagens decorrentes de um mercado competitivo.

---

<sup>33</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de direito econômico*, op. cit., p. 346.

A intervenção<sup>34</sup> do Estado na atividade econômica se realiza em diferentes setores e sob diversas formas<sup>35</sup>. Interessa-nos aqui verificar a intervenção do Estado no domínio econômico, sob a ótica da legislação antitruste. Nesse contexto, nota-se que a intervenção do Estado no mercado, seja regulando, coordenando, fiscalizando ou planejando, visa à sua organização e conformação com a ordem econômica vigente, eis que a auto-regulação do mercado não é capaz de atingir os fins econômicos desejados pela iniciativa privada, nem tampouco pelo Estado. A legislação antitruste é um dos instrumentos de que se vale o Estado para combater o abuso do poder econômico, domínio ilícito do mercado, práticas que possam acarretar a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros.

A conciliação de uma política interventora com a garantia de liberdade empresarial não é tarefa fácil. Há dificuldades na criação de instrumentos aptos a conter abusos sem impedir a dinâmica do mercado, assim como de estabelecer um mercado fundado na livre concorrência, sem que se tenham tampouco os agentes econômicos ampla e irrestrita liberdade de atuação.

---

<sup>34</sup> Eros Grau assinala que “o vocábulo intervenção, então, veiculado em sentido forte, que indica atuação em área de outrem – isto é, naquela esfera, do privado –, é o que melhor se presta a conotar o significado pretendido” (GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 126).

<sup>35</sup> Fábio Nusdeo afirma que “o Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra, torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto. Daí as diversas expressões para caracterizar o novo estado de coisas: economia social de mercado, economia dirigida; economia de comando parcial e tantas outras” (NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, op. cit., p. 186).



## 2 DIREITO ANTITRUSTE

### 2.1 Conceito e alcance do direito antitruste

Direito antitruste ou direito da concorrência? Ambos os termos têm o mesmo significado e traduzem o ramo do direito que regula a concorrência. Aqui, serão utilizados indistintamente um ou outro termo para se referir à defesa da concorrência.

A pergunta que se deve fazer para compreender o direito antitruste é a seguinte: qual a função do direito antitruste na organização econômica de um país? Para responder a essa pergunta, muito há que investigar sobre o direito antitruste brasileiro, o que será feito no decorrer do trabalho. Iniciaremos esse processo de investigação anotando as conceituações de alguns autores sobre o tema. Ana Maria Nusdeo conceitua o direito da concorrência como a “legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios de base da ordem econômica constitucional brasileira”<sup>36</sup>. Para Isabel Vaz “é o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”<sup>37</sup>. Na definição de José Franceschini, “é o ramo do direito penal econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do

---

<sup>36</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 63.

<sup>37</sup> VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 243.

direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade”<sup>38</sup>. De início, já é possível observar que a legislação antitruste visa reprimir abusos do poder econômico e orientar a atuação dos agentes econômicos, de sorte a assegurar um mercado competitivo, com base na livre concorrência, nos termos definidos em lei.

Um mercado competitivo que contemple um grande número de vendedores e compradores em interação recíproca leva à dinamização do mercado, circulação da renda e à oferta de melhores produtos, por menores preços. Esse cenário, no entanto, só é possível se houver uma situação de concorrência leal no mercado, em que as empresas se empenhem para oferecer o melhor ao consumidor, sem a prática de atos que possam oferecer danos aos seus concorrentes. Essa desejável concorrência perfeita fica no campo da ideologia, restando à realidade da atividade econômica um panorama bastante agressivo e complexo, cujos esforços são direcionados à busca pela eterna sustentabilidade empresarial e, tendo em vista que esta jamais será alcançada enquanto houver um concorrente, os esforços para afastá-lo certamente não serão poupados.

As empresas estão sempre em busca de melhores resultados, maiores lucros, melhores preços e maiores vendas. Esse processo de busca pela excelência tende a apresentar efeitos benéficos para o mercado, mas os efeitos maléficos não estão a salvo desse processo de busca pela excelência, cumprindo ao Estado a ordenação do mercado, de sorte a repelir práticas anticoncorrenciais.

---

<sup>38</sup> FRANCESHINI, José Ignácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 8.

A forma de atuação do Estado no cenário econômico é condicionante da conformação do mercado aos objetivos econômicos estabelecidos na ordem econômica a que pertence. Vale dizer, os recursos econômicos disponíveis num país são importantes, mas a forma de atuação do Estado frente à escassez ou abundância de recursos é primordial para o desenvolvimento econômico e social da sociedade. Por essa razão, os Estados legislam e adotam políticas públicas diversas, de acordo com suas necessidades, e seguindo o modelo econômico por eles eleito. Nesse sentido, Manuel Broseta e Fernando Martinez afirmam que “*tutelar la libertad de competencia así entendida es una ineludible exigencia en todos los países capitalistas a partir de un relativo grado de desarrollo*”.<sup>39</sup>

O direito antitruste brasileiro não se limita a repelir do mercado as práticas anticoncorrenciais, projetando-se além dos interesses dos agentes econômicos<sup>40</sup>. Nesse sentido orienta-se o presente trabalho, pois, se é certo que a legislação antitruste tutela a livre concorrência, resta saber em que sentido.

## 2.2 Práticas atentatórias à concorrência

Antes de iniciar o estudo da defesa da concorrência, é interessante conceituar e diferenciar as práticas que podem concorrer para o prejuízo da

---

<sup>39</sup> BROSETA PONT, Manuel; MARTINEZ SANZ, Fernando. *Manual de derecho mercantil*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2005. v. 1. p. 159.

<sup>40</sup> Fábio Nusdeo já afirmava que “a tutela da concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar uma necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais as preocupações com as metas assinaladas para a economia de cada país em determinados momentos históricos”. (NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 121).

concorrência, tais como concorrência desleal, cartel, *dumping* e preços predatórios. Essas práticas, não obstante sejam realizadas no campo do direito concorrencial, apresentam implicações diversas no cenário econômico, guardam diferenças fundamentais e, principalmente, são regidas por normas diversas.

É comum a utilização desses termos como sinônimos, pelo simples fato de que todos os atos acima elencados podem implicar, de alguma forma, em prejuízo à concorrência. No entanto, o que os diferenciam são os meios empregados na efetivação desses prejuízos ao concorrente, a dimensão de seus danos e a legislação que regula as diferentes hipóteses. Não há pretensão aqui de se esgotar os temas acima aludidos, mas oferecer uma visão panorâmica sobre as diversas implicações existentes no cenário concorrencial, viabilizando uma melhor apreensão do direito antitruste.

### **2.2.1 Concorrência desleal ou abuso do poder econômico?**

Nuno Carvalho conceitua concorrência desleal como a ofensa que resulta de um ato ardiloso, fraudulento, pelo qual a clientela é levada a preferir os produtos ou serviços do concorrente desleal. Há abuso do poder econômico quando o

empresário elimina (ou tende a eliminar) a concorrência, isto é, elimina (ou tende a eliminar) o próprio exercício das forças competitivas.<sup>41</sup>

Na concorrência desleal, há a figura da fraude e do truque contra o concorrente, ou seja, contra uma empresa específica, e a legislação a ser aplicada é a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), cujo sujeito tutelado é o concorrente lesado ou na iminência de o ser. Quanto ao abuso do poder econômico, os atos são praticados contra o mercado, ou seja, busca-se destruir a concorrência como um todo, não havendo preocupação com esse ou aquele concorrente, mas com toda a cadeia de concorrentes atuantes no mercado relevante; nesses casos, a legislação cabível é a Lei n. 8.884/94. É possível, no entanto, que se verifique uma prática de abuso do poder econômico que atinja empresa determinada, sendo aplicável a Lei n. 8.884/94, por configurar uma prática cujos efeitos são prejudiciais ao mercado. O tema será analisado de forma mais detalhada quando do estudo das práticas restritivas ao mercado.

É possível que o mesmo ato anticoncorrencial possa resultar num ato de concorrência desleal, assim como de ofensa à ordem econômica, de modo que,

---

<sup>41</sup> Nuno T. P. Carvalho traz os seguintes exemplos: suponha-se um caminho que, a certo ponto, se bifurca à direita e à esquerda. No fim dos dois caminhos, estão dois estabelecimentos comerciais, pertencentes a A e a B, que concorrem entre si. Quando os fregueses chegam à bifurcação, eles podem escolher à vontade o sentido a seguir, e fazem-no de acordo com as preferências pessoais, a opção pelos melhores preços, pela melhor qualidade dos produtos vendidos. Uma vez A dá mais prazo para pagar, outra B oferece promoções. Um dia A coloca um aviso mentiroso na bifurcação, junto da entrada do caminho que dá para a loja de B: "Estrada em obras. Caminho interrompido." A freguesia, claro, passa a seguir o caminho em sentido oposto, em direção à loja de A. Esse foi um ato de concorrência desleal. Mas suponha-se que A, em vez de pôr aquela placa mentirosa, toma uma das seguintes atitudes: 1) ele bate à porta da casa de B e propõe-lhe comprar o estabelecimento; B aceita; A, em seguida, fecha a loja de B; 2) em vez de encerrar a loja de B, A mantém a loja aberta, mas agora sob administração única. Esses são atos de abuso econômico. (CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995. p. 26-27).

dependendo da extensão e dos efeitos do ato anticoncorrencial praticado no mercado, terá lugar a Lei n. 8.884/94, defendendo a ordem econômica e o regular funcionamento do mercado, e/ou a Lei n. 9.279/96, combatendo a concorrência desleal. Manuel Broseta e Fernando Martinez, discorrendo sobre as diferenças entre as normas que regulam a “defesa da concorrência” e a “concorrência desleal” no direito espanhol, anotam que tradicionalmente se afirma que o direito de defesa da concorrência tem por finalidade básica preservar a concorrência como instituição, ou seja, velar por uma ordem concorrencial não falseada, ou o bom funcionamento do mercado (é dizer, interesses basicamente públicos), sancionando uma série de condutas que se acredita eliminam a concorrência (assim, a lei de defesa da concorrência espanhola tem como objetivo específico garantir a existência de uma concorrência suficiente e protegê-la contra todo ataque ao interesse público). De outro lado, o direito contra a concorrência desleal perseguiria certas condutas que, implicando verdadeira concorrência, ultrapassam determinados limites estabelecidos pelo ordenamento (alude a condutas contrárias aos bons costumes na área comercial ou às exigências da boa-fé, segundo o modelo de regulação que se adote). Basicamente, é dito que os interesses tutelados nesse setor são de natureza privada, ou seja, os interesses do concorrente pelo ato anticoncorrencial que sofreu.<sup>42</sup>

Evaristo Mendes, doutrinador português, assinala que a lei de defesa da concorrência é dominada pela ótica dos interesses públicos, reprimindo-se abusos concorrenciais da livre iniciativa empresarial e acautelando todos os interesses que

---

<sup>42</sup> BROSETA PONT, Manuel; MARTINEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, op. cit., v. 1. p. 159-160.

confluem ao setor, quais sejam o interesse privado dos empresários, o interesse coletivo dos consumidores e o interesse público do Estado na manutenção de uma ordem concorrencial devidamente saneada. Já a lei que cuida da concorrência desleal opera uma tutela primária da concorrência, atendendo à pluralidade de interesses envolvidos, e promove uma adequada conciliação dos mesmos. Quando porém as práticas desleais afetam de forma sensível essa mesma concorrência, lesando o interesse público, este assume a primazia e o sistema da lei de defesa da concorrência entra em ação.<sup>43</sup>

Seja a legislação antitruste ou a que cuida da concorrência desleal, ambos os diplomas legais apresentam uma certa convergência, à medida que tutelam, mesmo que indiretamente, interesses comuns. É o que se verifica com os interesses do consumidor e com a preocupação na manutenção de uma estrutura concorrencial não falseada, de sorte que, não obstante esses sejam interesses indiretamente tutelados, apontam para uma convergência no sistema concorrencial.

No Brasil, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884/94) está intimamente ligada aos fins inscritos no modelo econômico nacional, ao passo que a norma que cuida da concorrência desleal, muito embora também atue em consonância com a ordem econômica nacional, é dotada de finalidade mais pontual, ou seja, tutela o empresário lesado, ou na iminência de o ser, por um ato anticoncorrencial. Evidente que o consumidor também se beneficia com a lei que regula a concorrência desleal, assim como com a legislação antitruste, mas

---

<sup>43</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira et al. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 94-95.

indiretamente, e não como sujeito de direito da referida norma, pois os bens tutelados são, respectivamente, empresa e concorrência.

### **2.2.2 Cartel**

O cartel configura-se pela associação entre empresas, com o fim de estabelecer acordos sobre fixação de preços, divisão de mercados geográficos, estipulação da quantidade de produtos a fabricar, distribuição de lucros ou outra forma de coordenação de seus comportamentos, que implique na redução da quantidade ou qualidade de bens e serviços oferecidos no mercado que possa ensejar a limitação ou extinção da concorrência.<sup>44</sup>

Os cartéis podem assumir uma forma explícita ou tácita. O primeiro caso se verifica quando atuam de forma organizada e secreta, com o objetivo de ajustar práticas comerciais que beneficiem todo o grupo. No segundo caso, essa espécie de cartel se verifica quando as empresas, não obstante não tenham se organizado para ajustar preços ou formas de atuação no mercado, nem tampouco tenham se comunicado ente si, acompanham o comportamento da concorrência, como se estivessem aliadas.

A prática de cartel pode assumir diversas formas, dificultando a sua identificação. Nos Estados Unidos, por exemplo, um sistema de informática

---

<sup>44</sup> A Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) define cartéis *hard core* como sendo acordos anticoncorrenciais que têm como finalidade fixar preços, restringir a produção ou investimento ou dividir os mercados entre si, e que constituem as violações mais graves à lei da concorrência. (*Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, 2003. p. 9-10).



denominado Pittsburgh-plus system foi utilizado pelas indústrias de aço para viabilizar a prática de cartel pelos fornecedores de aço. A precificação do aço leva em conta a distância que será percorrida para a entrega desse produto ao cliente, devendo ser acrescido, ao valor do produto, os gastos com o frete. Considerando que as indústrias de aço estão localizadas em áreas diversas, o preço do aço pode sofrer alteração, de acordo com a distância existente entre a indústria e o cliente. Com a utilização desse sistema, todo fabricante de aço poderia facilmente cotar o preço do aço nos mesmos valores que seu concorrente, independentemente da distância, formando assim um cartel.<sup>45</sup>

Em 2003, a autoridade alemã multou seis empresas cimenteiras em 600 milhões de euros, por dividirem o mercado entre si. Segundo a OECD, há a prática de cartéis em praticamente todos os setores, destacando-se pela sua freqüência os de materiais de construção (cimento, concreto e asfalto), de construção civil, de empreitadas ou de grandes obras públicas, de grandes equipamentos e de distribuição de combustíveis. Uma área que merece um acompanhamento mais detido é a de concorrências públicas e de grandes empreitadas, sendo esta última uma das áreas na qual, mesmo em países mais desenvolvidos, se verificam freqüentes casos de conluio.

No Brasil, a figura do cartel é bastante familiar, pois não é rara a divulgação de sua prática na mídia. É o caso, por exemplo, de postos de gasolina que, atuando no mesmo mercado relevante, ajustam comercializar o combustível pelos mesmos

---

<sup>45</sup> VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. London; Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998. p. 118.

preços, ou adotar em conjunto descontos e promoções. Na hipótese de cartel, a legislação pertinente é a Lei n. 8.884/94, e o bem tutelado é a livre concorrência.

### **2.2.3 Dumping**

A prática de *dumping* caracteriza-se pela venda de produtos no mercado internacional a preços inferiores aos praticados no mercado interno. O Decreto n. 1.602/95 considera prática de *dumping* a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de *drawback*<sup>46</sup>, a preço de exportação inferior ao valor normal. Considera-se valor normal o preço efetivamente praticado para produtos similares nas operações mercantis normais que se destinem a consumo interno no país exportador. A investigação para apuração da prática de *dumping* é solicitada pela indústria doméstica, ou em seu nome, por meio de petição que deve ser encaminhada ao Departamento de Defesa Comercial (DECOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX). Cumpre ao DECOM, entre outras atividades, examinar a procedência e o mérito de petições de abertura de investigações de *dumping*, subsídios e salvaguardas, com o objetivo de defender a produção doméstica. Compete à SECEX promover o processo administrativo para apuração da prática de *dumping*, e cabe aos Ministros de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo e da Fazenda a decisão de aplicar, mediante ato conjunto, medidas *antidumping* provisórias ou definitivas.

---

<sup>46</sup> *Drawback* é a desoneração de impostos na importação vinculada a um compromisso de exportação.

O Brasil é signatário do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), organismo internacional que visa a propiciar a redução de obstáculos ao comércio entre as nações. Portanto, a aplicação de medidas *antidumping* está condicionada aos termos do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio. Nesse contexto, a Organização Mundial do Comércio (OMC) tem atuação primordial na composição dos interesses conflitantes entre os Estados no cenário internacional, pois cabe a ela, entre outras funções, o papel de garantir o cumprimento das normas que regulam o comércio internacional.

Interessante notar que não são todas as práticas de *dumping* que configuram atos predatórios à concorrência, pois, em algumas situações, ele pode ser legitimado. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Isabel Ramos de Sousa e Marcos André M. de Lima classificam a prática efetuada de *dumping* sob dois aspectos: primeiro, para saber se ela está contextualizada em um planejamento estratégico de longo prazo da firma, chamado *dumping* intencional, ou se essa prática é o resultado de algum choque exógeno ocorrido na economia, denominado *dumping* não intencional. Essas duas espécies se desdobram da seguinte forma:

#### “IV.1. *Dumping* Não Intencional

Este tipo de *dumping* ocorre quando é praticado devido a um choque externo (de curta duração) ocorrido na economia, que afeta suas decisões (estratégias) de maneira não intencional. Ou seja, tal prática não resulta do planejamento estratégico da empresa, mas de uma resposta a uma eventualidade. Assim, pode-se entender que este é um *dumping* temporário (de curto prazo) e, além disso, de acordo com Willing, um *dumping* não monopolista, pois mesmo que venha criar um possível monopólio no curto prazo (fato improvável), ele logo se dilui. Em outras palavras, cessado o efeito do choque, o *dumping* extingue-se e o mercado volta a trabalhar de forma como antes.

Na literatura, foram encontradas algumas designações que se ajustam a este grupo, quais sejam: *dumping* cíclico, *dumping* esporádico, *dumping* de curto prazo e *dumping* temporário.

Dentre outras possibilidades, o *dumping* de curto prazo pode ocorrer quando: i) há redução da oferta no país de origem (escassez de oferta), *ceteris paribus*, levando a um aumento do preço no mercado deste país vis-à-vis o preço no mercado exportador; ou ii) no país de origem, a demanda se elevou repentinamente (excesso de demanda), *ceteris paribus* levando a

um aumento do preço no mercado de origem *vis-à-vis* o preço no mercado exportador, ou iii) no país exportador, há um excesso de oferta, *ceteris paribus*, por exemplo, isto é, há muita produção ou vendas acima do 'ponto de equilíbrio', ou iv) há uma escassez da demanda, *ceteris paribus*, resultando em uma queda no preço no mercado exportador *vis-à-vis* o preço no mercado de origem.

Em todas essas quatro possibilidades, dentre outras que se poderiam enquadrar neste caso, não seria interessante aplicar uma medida *antidumping*, uma vez que o prazo de vigência desta medida seria, provavelmente, superior ao da prática deste tipo de *dumping* que é temporário e praticado de forma não intencional. Assim sendo, sacrificar os consumidores do país importador, por um problema repentino no mercado, não parece ser a alternativa mais adequada, muito embora seja possível. Desta forma, se fosse imposta uma medida *antidumping*, esta teria um efeito protecionista à indústria doméstica e não de compensação ao dano a esta indústria, como, em tese, deveria ser.

Contudo, se a prática acarretar um comportamento predatório, na acepção de que esteja causando (ou ameaçando) prejuízo grave à indústria doméstica, caberia, talvez, a aplicação de medidas de salvaguardas, de acordo com as normas disciplinadas no Decreto n. 1.488, de 11 de maio de 1995. Esta poderia vir a ser uma melhor resposta do Governo ao problema em questão, dado que a medida poderia ter o prazo de vigência igual ao período de *dumping*, que seria o lapso de tempo necessário para prevenir ou reparar o prejuízo grave.

#### IV.2. *Dumping* Intencional

Este ocorre quando uma firma pratica *dumping* devido a um planejamento estratégico deliberado e, dessa forma, é praticado de maneira intencional. Quanto à sua duração, esta pode ser temporária, como no caso de preços predatórios, ou não. Como será exposto nas subseções a seguir, há diversas designações de *dumping*, tratadas na literatura econômica, que pertencem a este grupo. Cabe ressaltar que estes casos não formam conjuntos disjuntos e, em algumas circunstâncias, se sobrepõem-se.

##### IV.2.1. *Dumping* Discriminador

Este *dumping* decorre do fato de que a elasticidade-preço no mercado exportador ( $\Phi_y$ ) é menor do que a elasticidade-preço no mercado doméstico ( $\Phi_x$ ) se e somente se o preço de exportação é menor ( $P_y$ ) do que o preço do mercado do país exportador ( $P_x$ ). Matematicamente, abrevia-se da seguinte forma:  $\Phi_x > \Phi_y \Leftrightarrow P_x < P_y$

Na literatura foram encontradas três designações que se ajustam neste grupo: *dumping* de expansão de mercado, *dumping* racional, *dumping* monopolista discriminador, *dumping* permanente, *dumping* estrutural, *dumping* de longo prazo. Por esta abordagem, o *dumping* é uma ação perfeitamente racional (por isso um dos nomes acima), se possível permanente (também é um outro nome dado a este caso) com a motivação de maximizar o lucro do empresário do país de origem e a aumentá-lo com o ganho da parte que se refere ao *dead weight loss*.

Normalmente, observa-se que o excedente do consumidor eleva-se de forma permanente, pois mais consumidores do país importador passam a ter acesso ao produto a preços menores. No concernente ao excedente do produtor do país de origem, este também aumenta, pois caso contrário a empresa não escolheria pela discriminação. Já com relação ao excedente do produtor do país importador, este diminui, devido a uma maior concorrência no mercado deste país.

Sendo assim, a discriminação de preço de terceiro grau traz uma maior eficiência econômica, o que é positivo. Contudo, há que saber como se dá a compensação entre os excedentes, e não somente observar o que ocorre com o excedente total. Isto posto, se com o *dumping* discriminatório o excedente total aumentar, porque o do produtor aumentou e o do consumidor caiu, algo deveria ser feito, pois as empresas estão auferindo ainda mais lucros e os consumidores pagando preços maiores. No entanto,

não é isso que se espera que aconteça. Pelo contrário. Espera-se que o excedente total aumente, devido a um aumento do excedente do consumidor e uma queda do produtor. Neste caso, há hipótese de não haver preço predatório, uma medida *antidumping* não deveria ser imposta, muito embora fosse possível.

Como observação final, de acordo com a definição de Willig, este tipo de *dumping* poderia enquadrar-se no tipo não monopolista, pois a firma exportadora não tem a pretensão de ser a única no longo prazo, como é o próximo caso a ser visto.

#### IV.2.2. Preço Predatório

Ocorre quando a empresa do país de origem impõe preço no mercado exportador abaixo do seu custo com o objetivo de eliminar seus rivais no mercado exportador no curto e médio prazos, para aquela permanecer neste mercado no longo prazo como monopolista, se ressarcindo dos prejuízos sofridos nos curto e médio prazos. Este *dumping* é também do tipo *discriminação de preços de terceiro grau*; no entanto, a motivação para a prática é distinta. Esta discriminação é feita não porque os mercados têm diferentes elasticidades preço da demanda, mas porque a firma quer ser monopolista no mercado exportador no longo prazo. Isto é, a empresa exportadora deflagra uma guerra de preços no mercado exportador para destruir a concorrência, com a finalidade de ser a única no longo prazo.

No que diz respeito aos impactos sobre os consumidores do país importador, pode-se considerar que, em um primeiro momento, estes consumidores são beneficiados com os preço do bem deprimido. No entanto, após a eliminação das concorrentes, a firma que praticou o preço predatório poderá elevar seus preços, favorecendo-se de seu maior poder de mercado. Os consumidores são então prejudicados, tendo seu excedente reduzido. Segundo Willig, os ganhos dos consumidores no momento inicial são suplantados pelas perdas ocorridas posteriormente. Conseqüentemente, neste tipo de *dumping* observa-se que o excedente total do país importador diminui no longo prazo, com a eliminação das firmas no mercado interno, concentrando-o mais. Desta forma, é pertinente que o Governo (órgão de defesa comercial do país importador) aplique uma medida *antidumping* ao país exportador.

#### IV.2.3. *Dumping* estratégico

Ocorre este *dumping* quando a empresa do país de origem precisa de economia de escala na sua produção (como se este mercado fosse um monopólio natural), o que poderia fazê-lo exportando, e tem, concomitantemente, incentivo à exportação (que pressiona o preço de exportação para baixo) ou proteção à importação (que pressiona o preço interno do país exportador para cima).

Este também é um caso de discriminação de preços de 3º grau, mas com uma motivação distinta daquela apresentada anteriormente. Neste caso ela ocorre não por razões de mercados (diferentes elasticidades da demanda), mas pelo fato de a empresa precisar expandir o seu mercado e haver alguma política comercial que favoreça esta expansão via exportação a um preço relativo (ao vendido no mercado de origem) menor.

Neste caso, nenhuma medida *antidumping* deveria ser implementada, devido às razões já expostas na subseção VI.3.1, a não ser que o *dumping* estratégico enseje também um comportamento predatório, na acepção mencionada na subseção VI.3.2. Neste caso, a aplicação de medidas *antidumping* seria pertinente.

#### IV.2.4. *Dumping* estatal

Ocorre este quando uma empresa estatal de um país que de moeda não conversível exporta bens com o objetivo de ter acesso a uma divisa forte. Neste caso, como os preços no país de origem (cotados na moeda não conversível) não podem ser comparados com os preços de exportação (cotados na moeda conversível), seja porque não há taxa de câmbio, seja porque os preços do país de origem não são ditados pelas regras do mercado, a constatação do *dumping* pode ser feita comparando-se com a

venda do produto em questão em uma outra região ou até mesmo por um custo cheio estimado.

Ressalta-se que nem sempre que uma empresa estatal exporta está cometendo *dumping*, mas pode ocorrer. Empiricamente este fato pode ser notado nas aberturas de investigação contra a China, até dezembro de 2001.

Este também é um caso de discriminação de preços de terceiro grau, mas com a motivação distinta da já dita. Neste caso, a causa é a obtenção de divisas para o financiamento das suas importações (do país de origem). Também neste caso, nenhuma medida *antidumping* deveria ser implementada, devido às razões já expostas no subseção VI.3.1, a não ser que o *dumping* estatal esteja tendo um comportamento predatório, na acepção mencionada na subseção VI.3.2. Neste caso, a aplicação de medidas *antidumping* seria pertinente.<sup>47</sup>

Nesse sentido, Nuno T. P. Carvalho observa que o *dumping* é cometido geralmente por uma razão de lógica empresarial muito simples: a de ganhar economia de escala. Quando uma empresa opera com elevados custos fixos, deve trabalhar o mais próximo possível da sua capacidade total de produção. Assim, em épocas de demanda interna reduzida, a empresa se vê perante um excesso de oferta. Quando a demanda interna não cobre a oferta de bens, como a empresa não pode simplesmente reduzir a produção, dada a necessidade de operar em larga escala, os bens devem ser levados para o exterior a preço apenas suficiente para cobrir os custos variáveis – o que garante um retorno razoável para o excesso de produção doméstica. Uma vez que o mercado prioritário é o interno, só se vende no exterior o excesso que a demanda interna não quis. Por isso o preço interno pode ser superior ao externo. E essa a razão do *dumping*. Esse raciocínio meridianamente claro aplica-se a todas as indústrias básicas que possuem elevados custos fixos, como a siderurgia e a petroquímica.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; SOUSA, Isabel Ramos de; LIMA, Marcos André M. *Tipologias de dumping*. (MF/SEAE. Documento de Trabalho, n. 17. ago. 2002). Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2002-1/doctrab17.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab17.pdf)>.

<sup>48</sup> CARVALHO, Nuno T. P., *As concentrações de empresas no direito antitruste*, op. cit., p. 33.

Richard Posner, analisando as diversas implicações do *dumping* no mercado americano, afirma que se uma empresa estrangeira receber subsídios para vender nos Estados Unidos a um preço mais baixo ao que é praticado em seu país, a questão econômica a ser analisada consiste em saber se o subsídio operado leva o preço praticado pela empresa abaixo de seu custo marginal e, em caso afirmativo, se é provável que a concessão do subsídio seja cancelada quando os concorrentes americanos da empresa subsidiada abandonem o mercado para sempre. Se assim não suceder, ou seja, se o país da empresa exportadora controla sua política econômica de tal modo que seja provável que suas exportações continuem a ser subsidiadas indefinidamente, pode-se dizer que o subsídio se trata de benefício conferido permanentemente aos consumidores americanos. O autor continua, assinalando que as preocupações que animam a lei *antidumping* americana vão muito além de uma preocupação por preços depredadores. A principal preocupação é a de proteger a indústria americana, face aos produtores estrangeiros que têm custos genuinamente menores, seja porque pagam salários menores, incorrem em menores custos de controle ambiental e outros custos de regulação, são melhor administrados, têm melhores trabalhadores, ou tenham plantas industriais e equipamentos mais modernos. As políticas dotadas por essa motivação são chamadas de protecionistas.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 295-296.

### **2.2.4 Preços predatórios**

A empresa que pratica preços predatórios comercializa no mercado interno produtos abaixo do seus custos, incorrendo em perdas no curto prazo, com o objetivo de eliminar o concorrente ou potenciais concorrentes que atuam no mesmo mercado relevante, para, posteriormente, com a saída de seus rivais, elevar os preços e aumentar seus lucros no longo prazo.

A Lei n. 8.884/94 define, em seu artigo 21, XVIII, como sendo uma infração à ordem econômica a venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo, que produza os efeitos ou tenha como objeto prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. Pelo texto da lei, extrai-se que não são todas as práticas de preços abaixo do custo que caracterizam a prática de preços predatórios. Conforme disposto em lei, a venda de mercadoria abaixo do preço de custo não constitui uma infração. Para que essa prática constitua uma infração à ordem econômica, deve ter a finalidade de prejudicar a livre concorrência. Não se enquadram como ato ilícito as vendas abaixo do preço de custo, quando, por exemplo, determinada empresa esteja na iminência de encerrar suas atividades e opte por promover uma liquidação ou queima de seus estoques a preços irrisórios, ou no caso de estoques altos de mercadorias de pouco giro, que demandam uma queima de estoque para reposição de produtos cujo giro seja maior. Enfim, há inúmeras situações em que a empresa é levada a comercializar um produto abaixo de seu custo, e que não implicam na prática de preços predatórios.



A Lei n. 8.884/94 não é o único diploma legal a regular a prática de preços predatórios. A Lei n. 9.279/96 trata, em seu artigo 195, dos crimes de concorrência desleal, dispondo, no inciso III do mesmo artigo, que comete crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem. Resta claro que a prática de preços predatórios é um meio fraudulento utilizado para desviar, em proveito próprio, clientela de outrem e, nesse sentido, pode ser enquadrada nos termos da Lei n. 9.279/96. Há que se atentar, entretanto, que a Lei n. 9.279/96 deve ser invocada apenas nos casos em que a prática de preços predatórios prejudique uma ou algumas empresas, sendo uma atuação pontual contra determinada empresa. Quando essa prática surtir efeito na estrutura concorrencial de um mercado, prejudicando toda uma cadeia de empresas atuantes no mesmo segmento, certamente haverá uma ruptura na ordem econômica nacional, e a norma adequada a consertar essa prática anticoncorrencial é a Lei n. 8.884/94.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) publicou um guia para a análise econômica da prática de preços predatórios. Esse guia está organizado em seis seções. A primeira delas apresenta uma visão geral sobre o procedimento de análise de preços predatórios e as demais descrevem as cinco etapas da análise da prática: definição do mercado relevante afetado; investigação sobre a estrutura do mercado relevante; exame das condições de oferta da empresa predatória; análise da capacidade de financiamento da empresa predatória; e comparação entre preço e custo.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> O guia está disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/guias](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias)>.

Para exemplificar as hipóteses de preços predatórios e a forma pela qual essa questão pode ser tratada pelas autoridades antitruste, pode-se examinar uma denúncia ocorrida na Argentina e levada à Comisión Nacional de Defensa de la Competencia pela Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines, uma associação civil sem fins lucrativos, que atua em defesa dos interesses dos comerciantes minoritários dedicados à venda de materiais de papelaria e livraria, contra a Supermercados Mayoristas Makro S.A. Nesse caso, a denunciante tomou conhecimento de que a denunciada estava ofertando ao consumidor um produto chamado *Repuesto Rivadavia Familiar*, de 480 folhas, a um preço de \$5,90, sendo que o preço de lista do fabricante desses produtos era de \$8,88, resultando numa diferença de preço de \$3,23 do valor praticado pela empresa Makro e a tabela do fabricante. A denunciada, portanto, deveria ser penalizada nos termos da legislação competente, uma vez que se enquadrava na prática anticoncorrencial de preços predatórios. A denunciante alegou que as ofertas se realizavam pela denunciada com o objetivo de eliminar competidores pequenos comerciantes, visando assegurar no futuro um maior poder monopolístico, o que permitiria à denunciada a fixação de preços superiores e a obtenção de benefícios extraordinários.

A denunciada respondeu às alegações da denunciante, explicando que Makro é um supermercado que vende uma grande variedade de produtos e que a venda dos produtos em questão representa uma pequena porção do total de suas vendas e, dentro do mercado de comercialização dos respectivos produtos, o Makro, distante de ocupar uma posição dominante ou ao menos relevante, ocupa uma posição ínfima, restando absurda a possibilidade de que, em tais condições, possa se entender que sua atuação acarrete distorção ao mercado. Acrescentou ainda que

a oferta dos artigos em questão estava limitada a um exíguo prazo de 15 dias, razões pelas quais não há como se cogitar uma possível distorção ao mercado ou à concorrência. A denunciada concluiu que não havia afetação do interesse econômico geral, com uma oferta que não altera nem restringe a concorrência dos consumidores e da comunidade.

A Comisión Nacional Argentina entendeu que o período de tempo em que o produto foi ofertado pelo preço promocional a que estava afetado foi curto, não sendo possível a distorção do mercado nesse curto lapso temporal e, nem tampouco, se poderia alegar prejuízo à concorrência posteriormente ao prazo em que a promoção estava vigente. Da mesma forma, a participação do produto *Repuestos Rivadavia 480* nas vendas totais da empresa Makro é muito baixa, o que permite inferir que a venda do produto abaixo do custo por parte da denunciada foi utilizada como um substituto da publicidade. Finalmente, acolheu as explicações da denunciada, acrescentando que o desconto se constituiu em um benefício ao consumidor, sem prejuízo ao normal funcionamento do mercado e interesses econômicos em geral.<sup>51</sup>

Essa decisão ilustra a complexidade dos atos que envolvem a concorrência e a proteção do mercado, na medida que um ato, que não obstante, num primeiro momento, possa aparentar ser fraudulento e nocivo à concorrência, de fato não o é perante as autoridades antitruste. A conclusão sobre a existência ou inexistência de periculosidade de um ato lesivo ao mercado não depende de fatos isolados, mas de uma cadeia sucessiva de atos e fatos que possam indicar o grau e dimensão dos

---

<sup>51</sup> CORREA, Carlos Maria et al. *Temas de derecho industrial y de la competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 409-425.

efeitos dessa prática sobre o mercado. Nesse sentido, as decisões prolatadas pelas autoridades antitruste dependem de uma série de fatores que devem ser analisados em conjunto, permitindo uma decisão que produza os efeitos desejados pela ordem econômica competente.

### **2.2.5 Diferentes interesses protegidos**

Todas as práticas acima aludidas estão inseridas no ambiente concorrencial, mas são reguladas por leis específicas e cuidam de interesses diversos. A Lei n. 8.884/94 cuida da defesa da concorrência, contemplando as práticas que tendam a prejudicar a livre concorrência no seu âmbito macro, ou seja, o bem tutelado é a manutenção da própria concorrência, deixando a cargo da Lei n. 9.279/96 a tipificação dos crimes de concorrência desleal, cujo sujeito tutelado é a empresa lesada por seu concorrente. Há, finalmente, a Lei n. 8.137/90, que cuida das infrações contra a ordem tributária e econômica, disciplinando os atos que poderão ser levados à esfera criminal para apuração e penalização, o que não se ocorre na Lei n. 8.884/94, pois seu alcance é administrativo; no entanto, no âmbito da Lei n. 8.884/94, pode haver a identificação de atos que ensejam uma penalização na esfera criminal, que deverão ser submetidos ao Judiciário, nos termos da Lei n. 8.137/90. No cenário anticoncorrencial, a aplicação de uma lei não exclui a outra, de modo que é perfeitamente cabível a aplicação de duas ou mais normas para o mesmo ato, desde que evidenciado que os efeitos de uma mesma prática anticoncorrencial atingiu outras áreas.

## **2.3 Relação entre direito antitruste e societário**

O cenário econômico mundial, em razão da globalização, do avanço tecnológico e da rápida expansão dos negócios, exige que as empresas adotem medidas competitivas dinâmicas e agressivas, de sorte a lhes assegurar um lugar no mercado. Na atual conjuntura, estabilidade empresarial já não é sinônimo de segurança comercial. A acirrada competitividade não abre espaço para que as empresas se limitem a conquistar uma posição estável no mercado, pois a manutenção dessa estabilidade requer, no mínimo, a manutenção de políticas comerciais dinâmicas e inovadoras, pois, do contrário, será eliminada pela concorrência, se não prosseguir na eterna busca pela excelência dos bens e serviços a que se propõe fornecer.

A estabilidade, na grande maioria das vezes, é uma conquista efêmera e o mercado é por demais dinâmico para permitir que a estabilidade conquistada por uma determinada empresa perdure por muito tempo. Nessa luta pela sobrevivência empresarial, as empresas buscam medidas que as fortaleçam e as tornem mais competitivas. Nesse sentido, a concentração econômica apresenta-se como uma excelente alternativa na conquista de novos mercados e no fortalecimento das empresas envolvidas. É nesse momento que se verifica a relação entre o direito antitruste e o direito societário, pois é provável que a realização de um ato de concentração econômica possa gerar conflitos entre os interesses tutelados pela legislação antitruste e os interesses tutelados pela legislação societária. Isso porque, se de um lado a empresa tem o direito de promover atos societários, de sorte a gerar eficiência econômica para o seu negócio, de outro lado, um ato societário, no caso a

concentração, pode gerar danos, ineficiência no mercado e eliminação da concorrência, cumprindo ao direito antitruste orientar e disciplinar os atos de concentração.

Desse modo, não há como bem aplicar ou seguir as orientações do direito antitruste sem que se conheçam as diferentes formas de agrupamento empresarial, tais como parcerias societárias, reunião de capitais, associações, entre outras formas de concentração empresarial. As transformações societárias que uma empresa pode sofrer em muito influenciam o cenário econômico e, por essa razão, é primordial o conhecimento das formas societárias existentes e a consequência de seus efeitos na ordem econômica nacional. O artigo 54 da Lei n. 8.884/94 estabelece que os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE, e dispõe no parágrafo 3º que se incluem nos atos de que trata o *caput*, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica. Essa concentração pode se realizar por meio de uma simples parceria ou através de operações societárias que viabilizem a transformação, eliminação, ampliação ou reunião de interesses empresariais, matéria essa que interessa também ao direito concorrencial, pois, a partir do momento em que uma determinada empresa pratica um ato que possa gerar uma concentração e ser passível de causar danos ao sistema concorrencial, esse ato deve ser submetido às autoridades antitruste. Verifica-se portanto a íntima relação entre ambos os ramos do direito, o direito societário, que cuida das espécies societárias, e o direito concorrencial, que trata

dos efeitos dessas espécies societárias, quando decorrentes de um ato de concentração.<sup>52</sup>

Sem prejuízo de outras figuras de concentração econômica<sup>53</sup>, passar-se-á a analisar algumas espécies de concentração resultantes de operações societárias e algumas formas de agrupamento de empresas que geralmente são submetidas à apreciação das autoridades antitruste, por guardarem potencialidade de dano ao sistema concorrencial, que são fusão, incorporação, cisão, sociedades coligadas, *joint ventures*, consórcios e grupo de sociedades.

### **2.3.1 Fusão, incorporação, cisão, sociedades coligadas, *joint ventures*, consórcios e grupo de sociedades**

Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais empresas para formar uma nova empresa, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Há a transferência do patrimônio social das empresas envolvidas na fusão para a

---

<sup>52</sup> Calixto Salomão Filho anota que “comum a ambos os ramos do direito é o tratamento dos poderes societários de disposição sobre unidades empresarias juridicamente independentes mas economicamente dependentes. Distinção fundamental é que, enquanto a preocupação do direito societário é com a determinação por interesses estranhos aos interesses da sociedade (v.g., aqueles pessoais do controlador) dos destinos do patrimônio social, o direito concorrencial, ao se defrontar com o mesmo objeto, tem como preocupação a manutenção de estruturas de mercado (concorrência) consideradas desejáveis do ponto de vista econômico. Conseqüentemente, objeto de proteção do direito societário são, em primeira linha, os interesses dos acionistas minoritários e dos credores, enquanto as preocupações do direito concorrencial se centram em concorrentes e consumidores” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 253).

<sup>53</sup> Para Waldirio Bulgarelli, “o conceito jurídico de concentração não coincide com o econômico; os juristas têm uma concepção mais ampla; para eles, concentração abrange todo o movimento de formação de unidades econômicas, incluindo tanto as operações de crescimento das empresas (sucursalismo ou a fusão) como as operações quer de integração radical (grupos), quer de integração mais flexível (uniões). Economicamente, numa visão mais ampla, poder-se-ia entender a concentração sempre que houvesse liames econômicos entre as empresas, pois acarretaria uma unidade econômica, maior ou menor, mais ou menos completa, conforme o grau de tais liames” (BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 49-50).

empresa que se criou, eis que a nova empresa assume, como sucessora, todas as obrigações ativas e passivas das empresas extintas. As operações de fusão podem ser realizadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e devem ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.

Incorporação é a operação pela qual uma ou mais empresas são absorvidas por outras que lhes sucedem em todos os direitos e obrigações.

Cisão, processo contrário ao de uma fusão, consiste no desmembramento de uma sociedade em duas ou mais unidades independentes. A transferência de patrimônio pode ser parcial ou integral. A cisão parcial decorre da transferência parcial do patrimônio da sociedade cindida e será total quando transmitidos todos os bens.

As sociedades são coligadas quando uma participa em pelo menos 10% do capital da outra, sem a controlar.

*Joint venture* é a associação transitória de empresas para a exploração de determinado negócio, sem que nenhuma delas perca sua personalidade jurídica.

Waldirio Bulgarelli escreve que *joint venture*:

“(...) é uma espécie de consórcio que se aproxima da fusão (*quase merger*), mas, que desta se diferenciaria por não apresentar estabilidade e permanência e por, em geral, visar a objetivos específicos limitados, como os grandes projetos de obras de infra-estrutura, portos, túneis, hidroelétricas etc., cuja magnitude exige a união de várias empresas.”<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> BULGARELLI, Waldirio, *Concentração de empresas e direito antitruste*, op. cit., p. 56-57



A título ilustrativo, anota-se o voto da conselheira relatora Lúcia Helena Salgado e Silva, no ato de concentração, sob a forma de *joint venture*, submetido à apreciação das autoridades antitruste em 1998, em que eram requerentes Remy Holding do Brasil Ltda. e Irmãos Zen S.A. Nesse voto, é possível visualizar algumas das implicações concorrenciais, quando de uma associação de empresas, mesmo que sob a forma de *joint venture*, e portanto sem a constituição de sociedade, mas que podem repercutir no direito antitruste. Na apreciação do ato de concentração sob a forma de *joint venture*, a conselheira considera que a operação submetida ao CADE não é possível de produzir quaisquer efeitos anticompetitivos. Pelo contrário, a *joint venture* anunciada pelas duas empresas tende a elevar a concorrência no mercado de motores de arranque, por implicar a instalação de um novo concorrente nacional. A *joint-venture* é especialmente importante no segmento de montadoras de veículos, em que há uma grande demanda de conjuntos, e não de peças específicas, que se destinam mais ao mercado de reposição.<sup>55</sup>

Consórcio é a associação de empresas, transitória e flexível, que se unem para a realização de um determinado fim de interesse comum às empresas envolvidas. O consórcio não possui personalidade jurídica própria, mantendo cada um dos associados sua personalidade jurídica e autonomia, respondendo cada uma das empresas consorciadas pelas obrigações assumidas no contrato, não havendo presunção de solidariedade.

---

<sup>55</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000. p. 557.

Grupo de sociedades consiste na associação de empresas, cujos esforços empresariais são direcionados para a realização de atividades comuns. Os grupos podem ser de fato ou de direito. Na primeira categoria, encontram-se quaisquer sociedades sob relação de controle ou coligação, e, na última, a combinação de esforços é formalizada por uma convenção, e levada a registro na Junta Comercial.

O grupo não tem personalidade jurídica própria, mas pode haver a formalização da união de esforços que se encerrou entre as empresas, conservando cada uma das sociedades agrupadas sua personalidade e seu patrimônio. De outra sorte, entre as sociedades integrantes do mesmo grupo, não há, em regra, solidariedade, exceto perante as autoridades antitruste, nos termos do artigo 17 da Lei n. 8.884/94, e pelas dívidas previdenciárias, conforme disciplina o artigo 30, IX da Lei n. 8.212/91. Entre as empresas participantes do mesmo grupo, não há subsidiariedade, salvo quanto às obrigações relacionadas a contrato de consumo, nos termos do artigo 28, parágrafo 2º da Lei n. 8.078/90. Os grupos podem contar com estrutura administrativa própria, consistente em órgãos colegiados e cargos de direção geral.

O grupo de sociedades difere do consórcio porque o primeiro tem um sentido amplo e abrangente, enquanto que o consórcio se restringe à conjugação de empresas para a execução de um empreendimento determinado.

Todas essas espécies de concentração se justificam pelas atuais circunstâncias econômicas e pela dinamicidade conferida pela globalização às relações comerciais. Os grupos de sociedade, as associações empresariais, estas

últimas constituídas sob as mais variadas formas, e as ligações societárias traduzem a necessidade de união de esforços para que as empresas alcancem um nível de organização altamente competitivo. Observa-se que, nas últimas décadas, o nível de concentração vem aumentando, como resposta às exigências do mercado globalizado. Essa alternativa concentracionista pode ser circunstancial, com objetivos específicos, delimitados no tempo e que se esgotam em si mesmos, com prazo indeterminado ou irreversíveis.

### **3 DIREITO ANTITRUSTE NO CENÁRIO INTERNACIONAL**

As normas antitruste definidas por diferentes países não guardam os mesmos valores entre si. Os objetivos perseguidos pela lei antitruste diferenciam-se no tempo e no espaço, de acordo com a realidade econômica e social na qual está inserida e em atenção aos fins perseguidos por cada Estado.

A breve análise do direito antitruste americano e da União Europeia permite observar as finalidades diversas que os Estados conferiram à legislação antitruste, de acordo com a realidade de cada país. Essa diversidade de propósitos se justifica, em razão das diferentes necessidades de cada Estado. Isso não significa dizer que em tudo se diferenciam, pois, por certo, em muitos aspectos guardam semelhanças.

#### **3.1 Direito antitruste nos Estados Unidos**

Nos Estados Unidos, o direito antitruste teve início com o Sherman Act, em 1890, época em que a economia americana sofria grande transformação, passando de uma economia baseada na atividade empresarial individual, a uma economia de larga escala, cuja produção em massa exigia elevados investimentos, resultando em atos contínuos de concentração, com a finalidade de suportar os custos que a nova economia demandava. Esse cenário econômico, de competitividade agressiva, altos custos e concentração, estimulou a prática de atos desleais entre os agentes econômicos e abusos contra o consumidor.

A preocupação maior do Sherman Act era a formação dos monopólios e os efeitos negativos dessa modalidade de mercado sobre o consumidor. O Sherman Act tornou ilegal qualquer forma de contrato ou combinação entre empresas relativa a negócios que pudessem restringir o mercado, e submeteu à responsabilidade do procurador do estado e cortes distritais o acompanhamento e investigação dos trustes. A Seção I do Sherman Act estabelecia que *“every contract, combination in the form of trust or otherwise, in restraint of trade or commerce (...) is declared illegal”*. E a Seção II: *“every person who shall monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce (...) shall be deemed guilty of a felony (...)”*. O Sherman Act foi, portanto, a primeira lei federal norte-americana a impedir a formação de trustes e a punir a existência deles. O objetivo era a criação de iguais oportunidades econômicas para todos os agentes econômicos.

As decisões consubstanciadas no Sherman Act, no entanto, refletiram a debilidade desse instituto, face às práticas anticoncorrenciais, e geraram incertezas quanto à questão do monopólio. O julgamento do caso do Standard Oil ilustra as implicações e falhas dessa lei, com relação às necessidades do mercado.

A Standard Oil Co., o maior monopólio petrolífero dos Estados Unidos, sofreu uma ação judicial em 1906, de iniciativa do Presidente Theodore Roosevelt, sob a acusação de que a empresa de John D. Rockefeller, Standard Oil Co., vinha desrespeitando a lei antitruste Sherman, em razão dos diversos atos de concentração que estavam sendo realizados e que prejudicavam a livre concorrência. A demanda jurídica da Administração Roosevelt contra Rockefeller se

estendeu até 1911, quando a Suprema Corte Federal confirmou a sentença proferida em 1909: a Standard Oil Co. deveria ser desmembrada e separar-se em 39 outras empresas.

A análise desse caso nos leva à seguinte indagação: sob a égide da legislação antitruste, era vedada a formação de monopólios, mesmo se eles decorressem da maior eficiência de seus administradores? Sem entrar na discussão da validade da aplicação do Sherman Act a esse caso<sup>56</sup>, deve-se identificar o objetivo do Sherman Act no contexto concorrencial da época. Da leitura de seu texto, conclui-se que seu escopo era fundamentalmente a proteção do concorrente contra práticas desleais de outros concorrentes e a proibição de formação de *trusts* ou qualquer forma de monopólio. Não havia referência sobre a forma de constituição do monopólio, para que se pudesse caracterizá-lo como ato anticoncorrencial, conduzindo ao entendimento de que todo monopólio seria ilícito. Atualmente, essa questão já foi superada, constando expressamente que a formação de monopólio não é um ato ilícito *per se*, de sorte que sua qualificação como ilícito dependerá da forma pela qual se formou, e não simplesmente em razão de sua existência. Nesse sentido, caso uma empresa venha a se tornar um monopólio em razão da adoção de práticas anticoncorrenciais contra seus concorrentes, esse monopólio não se constituiu respeitando as normas antitrustes e, portanto, deve sofrer as sanções legais cabíveis. Mas, se sua formação é resultado de maior eficiência e melhor

---

<sup>56</sup> Calixto Salomão Filho assinala que a corte americana estava insegura a respeito dos critérios para qualificar a “monopolização”, e acabou por aplicar critério *per se*, considerando a *holding* ilegal, com base “apenas” no fato de que ela 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. (SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 62).

administração de seus gestores, sem a adoção de práticas desleais, nos termos da lei antitruste, esse monopólio é lícito.

O julgamento do caso Standard Oil, entre outros, apontou que o Sherman Act não surtia os efeitos desejados na regulação da concorrência, o que ensejou a promulgação de duas novas leis em 1914, o Clayton Act e o Federal Trade Commission Act.

O Clayton Act foi promulgado para esclarecer e corrigir deficiências da legislação antitruste resultante da criação do Sherman Act e regular as práticas passíveis de prejuízo à concorrência. Nas seções 02, 03, 07 e 08 do Clayton Act consta um rol das práticas proibitivas: “*price discrimination between different purchasers if such discrimination substantially lessens competition or tends to create a monopoly in any line of commerce*” (Seção 02); “*sales on the condition that buyer not deal with the seller’s competitors*” (Seção 03); “*mergers and acquisitions where the effect may substantially lessen competition*” (Seção 07); “*any person from being a director of two or more competing corporations*” (Seção 08).

Em 1950, o Clayton Act sofreu uma reforma pelo Celler-Kefauver Act, versando sobre a lisura da concorrência.

O Federal Trade Commission Act criou a Federal Trade Commission<sup>57</sup>, reforçou a legislação antitruste e atuou em defesa do consumidor, investigando as queixas formuladas pelos consumidores. Essa comissão procura assegurar o regular funcionamento dos mercados, buscando eliminar as práticas tidas como desleais.

Esses três diplomas legais: Sherman Act de 1890, Clayton Act de 1914 e Federal Trade Commission Act de 1914 formam a estrutura da política antitruste dos Estados Unidos. A legislação tem caráter genérico, cabendo aos tribunais sua interpretação. Desse modo, para compreender os atos concorrenciais que podem ser considerados legais ou ilegais, deve-se conhecer não apenas as normas antitruste, mas principalmente os julgados dos tribunais.

Um dos pontos mais controvertidos quando da aplicação da legislação antitruste a um caso concreto reside na identificação do mercado relevante em que estão inseridos os agentes econômicos envolvidos na demanda. A solução de um processo de caráter concorrencial requer fundamentalmente a definição dos limites

---

<sup>57</sup> A Federal Trade Commission é disciplinada no Title 15 do United States Code Sections – Commerce and Trade – Chapter 2 – Federal Trade Commission; Promotion of Export Trade and Prevention of Unfair Methods of Competition – Subchapter I – Federal Trade Commission: “*Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That a commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission (hereinafter referred to as the Commission), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of the Commissioners shall be members of the same political party. The first Commissioners appointed shall continue in office for terms of three, four, five, six, and seven years, respectively, from September 26, 1914, the term of each to be designated by the President, but their successors shall be appointed for terms of seven years, except that any person chosen to fill a vacancy shall be appointed only for the unexpired term of the Commissioner whom he shall succeed: Provided, however, That upon the expiration of his term of office a Commissioner shall continue to serve until his successor shall have been appointed and shall have qualified. The President shall choose a chairman from the Commission's membership. No Commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment. Any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. A vacancy in the Commission shall not impair the right of the remaining Commissioners to exercise all the powers of the Commission.*”



do mercado relevante. A maioria dos economistas concordam que a definição do mercado relevante deve levar em conta a possibilidade de substituição do produto sob dois aspectos: consumo e produção.<sup>58</sup>

Para ilustrar a complexidade que envolve a identificação do mercado relevante, anote-se o ato de concentração que ocorreu em 1962 e que foi submetido à apreciação da Suprema Corte norte-americana, envolvendo a empresa Brown Shoe, a quarta maior fabricante de sapatos dos Estados Unidos, e a empresa G. R. Kinney Co., a décima segunda maior fabricante de sapatos. Ambas as empresas dedicavam-se ao ramo varejista de sapatos. A empresa Brown tinha 2,1% do mercado varejista nacional e a empresa Kinney detinha 1,6% do mesmo mercado.

Para constatar se o presente ato de concentração poderia resultar em prejuízos para a concorrência, a primeira medida adotada pelo tribunal foi a de identificar o mercado relevante do comércio varejista de sapatos. O mercado relevante do comércio varejista de sapatos seria a totalidade de sapatos vendidos em todo o mercado americano ou, nas grandes cidades, deveria haver a separação entre sapatos masculinos e femininos para caracterizá-lo? As duas empresas em conjunto eram responsáveis por 4% do mercado nacional, ao passo que detinham 57% do mercado de sapatos feminino nas cidades de Dodge e Kansas, segundo o

---

<sup>58</sup> Segundo George Stigler: *“An industry should embrace the maximum geographical area and the maximum variety of productive activities in which there is a strong long-run substitution. If buyers can shift on a large scale from product or area B to A, then the two should be combined. If producers can shift on a large scale from B to A, again they should be combined. Economists usually state this in an alternative form: All products or enterprises with large long-run cross-elasticities of either supply or demand should be combined into a single industry.”* (STIGLER, George, apud VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E., *Economics of regulation and antitrust*, op. cit., p.146).

tribunal. Concluiu-se que o mercado relevante de produtos eram os sapatos masculinos, femininos e infantis.

A segunda etapa pautou-se na identificação da dimensão geográfica do mercado. O critério usado para determinar o mercado geográfico foi similar ao usado para identificar o mercado relevante de produto. O tribunal concluiu que o mercado relevante geográfico era toda cidade cuja população excedesse a 10.000, e no qual ambas as empresas vendessem sapatos no varejo, seja por suas próprias empresas, ou sob seus controles. A mais importante estatística que deu embasamento à decisão do tribunal foi a que demonstrou que, em 118 cidades, a junção de um dos produtos relevantes excederia a 5%. Assim, se uma concentração que alcança o controle de 5% do mercado relevante geográfico é aprovada, outros requerimentos de concentração efetuados por concorrentes da empresa Brown também poderão ser aprovados, resultando num mercado oligipólico.

Nessa operação, o tribunal reconheceu que a concentração de ambas as empresas poderia resultar em maior eficiência, no entanto tal eficiência não se mostrava tão importante quanto a manutenção da descentralização, tendo decidido, pois, pela proibição da concentração.<sup>59</sup>

Nos Estados Unidos, a divisão antitruste do Departamento de Justiça e o Federal Trade Commission editaram, em 1992, diretrizes para a definição e identificação do mercado relevante, que são expressas pelo índice Herfindahl-Hirschman (HHI). O HHI é utilizado para identificar os casos passíveis de gerar

---

<sup>59</sup> VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E., *Economics of regulation and antitrust*, op. cit., p. 207-209.

danos à concorrência, possibilitando uma avaliação do mercado na sua totalidade, e não apenas das empresas envolvidas num ato de concentração.<sup>60</sup>

A definição de mercado relevante nos Estados Unidos leva em conta o produto e a área geográfica na qual será comercializado. A título ilustrativo, anota-se um caso de concentração de empresas fornecedoras de cascalho, ambas localizadas em Centerville, que foi analisado pelo Departamento de Justiça norte-americano. O cascalho não tem substitutos próximos e, desse modo, a análise antitruste foi focada apenas na dimensão geográfica do mercado. Na época, o mercado de cascalho em Centerville era competitivo e o preço do produto era de aproximadamente \$100. Para averiguar as implicações dessa concentração face ao mercado relevante, se fez necessária a determinação dos limites geográficos do respectivo mercado. A partir daí, surgiram as seguintes dúvidas: o mercado deveria se encerrar nos limites da cidade de Centerville? Considerando o custo de transporte do cascalho proveniente de fornecedores situados fora de Centerville, por quantas milhas deveria o mercado se estender além dos limites da cidade, para que não houvesse dano ao sistema concorrencial?

Para responder a essas perguntas, necessário se fez a identificação e delimitação do mercado relevante. A resposta para o problema da identificação e delimitação do mercado foi dada com base nos critérios estabelecidos nas diretrizes:

---

<sup>60</sup> Nos termos das diretrizes, o mercado relevante é assim definido: “A market is defined as product or group of products and a geographic area in which it is sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present or future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test.”. (VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E., *Economics of regulation and antitrust*, op. cit., p. 212).

deve-se incluir no mercado relevante todos os fornecedores que possam fazer parte de um cartel hipotético, de tal sorte que o preço do cascalho em Centerville pudesse sofrer um aumento de 5%, passando a custar \$105, em bases não transitórias. Se custasse \$0,25 por milha para transportar uma tonelada de cascalho, então um fornecedor a 20 milhas de distância, poderia vender em Centerville por \$105. Desse modo, todos os fornecedores de cascalho situados a 20 milhas poderiam fazer parte do mercado. Observe-se que se o preço aumentasse em 10%, o mercado relevante deveria se estender para 40 milhas, ensejando um mercado com maior número de fornecedores.<sup>61</sup>

Em resumo, extrai-se desse exemplo que a posição dominante de uma empresa no mercado relevante é uma variável contínua. Não há como determinar o mercado relevante sem se incorporar alguns padrões. Argumentou-se no Departamento de Justiça sobre os critérios para a adoção do aumento de 5 ou 10%. Não obstante no presente caso se tenha aplicado 5%, as diretrizes afirmam que esse não é um critério inflexível.

### **3.2 Direito antitruste na União Européia**

A União Européia (UE) é formada por 25 Estados-membros que, de maneira livre e voluntária, manifestaram vontade de participar no projeto de integração econômica e de unificação política. O Tratado da União Européia, conhecido

---

<sup>61</sup> VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E., *Economics of regulation and antitrust*, op. cit., p. 212-213.

também como Tratado de Maastricht, por ter sido assinado na cidade holandesa de Maastricht, constitui uma nova etapa no processo de integração europeia, que se iniciou em 1951, com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), composta pela França, Alemanha Federal, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos. Em 1957, o Tratado de Roma criou a Comunidade Econômica Europeia, reunindo os mesmos seis países. De 1957 a 1995, com a incorporação da Grã-Bretanha, Irlanda e Dinamarca (1973), Grécia (1981), Portugal e Espanha (1986), Áustria, Finlândia e Suécia (1995), a Comunidade Europeia passou a ter quinze membros. Em 2004, a União Europeia acolheu dez novos países: Chipre, República Checa, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia e Eslovênia.

Em novembro de 1993, entrou em vigor o Tratado de Maastricht, que estabeleceu os fundamentos da futura integração política, onde se destacam fundamentalmente a união econômica e monetária dos Estados-membros da União Europeia, a definição e execução de uma política externa e de segurança comuns, a cooperação em assuntos jurídicos e a criação de uma cidadania europeia.

A União Europeia é o mais bem sucedido modelo de integração ocorrido em todo o mundo. Sua missão é promover, em toda a comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e

de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-membros.

Sobre o processo de integração da União Europeia, interessa-nos sua organização concorrencial. Os artigos 81 e 82 do Tratado da União Europeia estabelecem regras de concorrência em matéria de acordos, decisões de associações, empresas e práticas concertadas (art 81), assim como abusos de posição dominante suscetíveis de restringir a concorrência<sup>62</sup>. O papel da política de concorrência na União Europeia é o de assegurar uma eficiente defesa da concorrência entre os Estados-membros, viabilizando a concorrência e o desenvolvimento econômico, consubstanciados no desenvolvimento social. Os principais domínios da política de concorrência são: antitruste e cartéis; controle das

---

<sup>62</sup> Tratado da União Europeia: “Artigo 81 – 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção. b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos. c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento. d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência. e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos. b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Artigo 82 - É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas. b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores. c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência. d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.” (Disponível em: <[http://europa.eu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/index_pt.htm)>).

concentrações; liberalização; e auxílios estatais. O relatório sobre políticas concorrenciais publicado em 2004, em conjunto com o relatório geral sobre atividades da União Européia, aponta que uma política concorrencial pode contribuir para tornar a economia da União Européia mais dinâmica, criando condições favoráveis aos negócios. A política concorrencial internacional ajuda a desenvolver uma coerência global, de sorte a promover eficiências que o mercado necessita.<sup>63</sup>

O direito da concorrência da União Européia é instrumento de política pública, orientando-se nos termos de uma economia de livre mercado, em consonância com os fins sociais colimados pelos Estados-membros. Os objetivos do tratado não se encerram na questão econômica, há também uma preocupação expressa quanto ao lado social resultante dessa união, ao se estabelecer que a criação de um mercado comum tem por objetivo não apenas a promoção, em toda a Comunidade Européia, do desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades econômicas, como também a promoção de um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-membros. Isso nos leva a concluir que a regulação da concorrência não tem um fim em si, prestando-se a alcançar um desenvolvimento econômico e social.

---

<sup>63</sup> *“Promoting a favourable business climate. Competition policy can make a significant contribution to creating conditions that are favourable to business. State aid rules play an important role in the efforts to increase the availability of risk capital for start-ups and small and medium-sized enterprises. Also, international competition policy helps develop global coherence and the predictability that business needs. Finally, competition principles can allow screening of new and existing regulatory frameworks in other important policy areas, so as to ensure that regulation does not unnecessarily curb competition. Competition advocacy can thus help shape EU and national regulatory frameworks to promote a regime favourable to competition and competitiveness.”* (Report on competition policy – 2004. v. 1. Published in conjunction with the *General Report on the Activities of the European Union – 2004*. Disponível em: <[http:// ec.europa.eu/ comm/ competition/ annual\\_reports/ 2004/en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2004/en.pdf)>).

O direito concorrencial brasileiro estabelece, no artigo 54, parágrafo 4º da Lei n. 8.884/94, que os atos que possam limitar, prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes deverão ser submetidos ao CADE previamente, ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização. Difere nesse aspecto o direito concorrencial brasileiro do direito concorrencial da União Européia, que disciplina, nos termos do artigo 4º do Regulamento 139/2004 do Conselho da Comunidade Européia (CEE), que uma concentração não pode realizar-se antes de ser notificada, nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum.

Essa é uma diferença substancial entre os dois direitos, na medida que o ato de concentração, apresentado posteriormente às autoridades antitruste, pode ser rejeitado, e conseqüentemente, as empresas deverão rescindir os contratos celebrados e sofrerão sérios prejuízos. Desse modo, a apresentação posterior do ato sempre oferece um risco, que deve ser cuidadosamente avaliado pelas empresas, quando de sua opção.

A comissão da legislação européia define mercado relevante sob dois aspectos: o mercado relevante geográfico é aquele constituído por um território, no qual as empresas em causa intervêm na oferta e procura de bens e serviços, em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e que pode distinguir-se dos territórios vizinhos especialmente devido a condições de concorrência sensivelmente diferentes das que naqueles territórios prevalecem. Quanto ao mercado do produto, é aquele que alcança os produtos considerados



substituíveis pelo consumidor, em razão de sua natureza, características, valor e a preferência dos consumidores.<sup>64</sup>

Toda associação envolve pluralidade de interesses e divergência de opiniões e, embora a reunião de seus membros se justifique pela busca de um objetivo comum, os conflitos não estão a salvo e são passíveis de ocorrer. O mesmo se passa com a União Européia. Seus associados buscam alcançar o mesmo fim e, para tanto, se reúnem, visando a formação de uma comunidade mais forte e resistente, para competir no mercado internacional e propiciar desenvolvimento econômico e social para todos os seus associados.

Há que se registrar, no entanto, que geralmente os membros de uma associação sofrem algumas perdas, em prol do sucesso da associação que se pretende constituir. A implementação da legislação antitruste na União Européia implica algumas desvantagens aos seus membros, ocasionando dificuldades em sua implementação, na medida que alguns dos Estados-membros resistem ao avanço do processo, por se sentirem ameaçados pela possível perda de mercado interno para as empresas dos demais Estados-membros. Nesse sentido, os Estados adotam medidas protecionistas contra atos concorrenciais que, de alguma forma, possam ser contrários aos seus interesses individuais.

Verifica-se, portanto, que a constituição de uma comunidade não é tarefa fácil, pois implica a harmonização de interesses diversos e a composição de

---

<sup>64</sup> Regulamento 139/2004: Artigo 9º, parágrafo 7º.

conflitos. No entanto, os esforços despendidos na realização dessa união certamente serão compensados pelas benesses que se proporcionarão aos Estados-membros da comunidade que se criou, pois a união de esforços no cenário econômico tende a tornar seus aliados mais fortes e competitivos no cenário internacional.

### **3.3 Escolas do direito da concorrência: Freiburg, Harvard e Chicago**

As normas antitruste se justificam com o propósito de ordenar e orientar a atuação dos agentes econômicos no mercado, de sorte a assegurar um cenário concorrencial não falseado. Mas em que sentido se revela essa orientação? Várias teorias surgiram, visando esclarecer e apontar os fins e alcance do direito antitruste, sendo que três delas se destacaram por suas contribuições ao sistema concorrencial, as Escolas de Chicago, Harvard e Freiburg.

A Escola ordoliberal ou de Freiburg surgiu na Alemanha, em meados de 1930, como reação aos fracassos econômicos da República de Weimar, e como crítica à concepção econômica nazista. Calixto Salomão Filho esclarece que, para seus representantes, a competição é fundamento essencial para a garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado. A organização ideal da ordem privada é aquela que permita a “autocoordenação” e o “autocontrole”. Desse modo, cumpre ao direito criar as condições para que ambas as garantias se

efetivem<sup>65</sup>. Para a Escola de Freiburg, a formação de cartéis e monopólios sem qualquer espécie de controle eram as principais razões do fracasso econômico que o país vinha experimentando. Seus membros identificaram no fortalecimento da concorrência a principal fonte de desenvolvimento econômico de uma economia de livre mercado. A orientação da Escola de Freiburg é no sentido de assegurar um sistema concorrencial com possibilidade de escolha, de tal sorte que a proteção ao consumidor seria uma consequência da liberdade de concorrência. Dessa escola, provieram as maiores críticas contra a teoria da Escola de Chicago.

A Escola de Harvard aponta que os excessivos atos de concentração podem ser prejudiciais ao bom funcionamento do mercado. Para seus teóricos, o modelo concorrencial mais adequado para alcançar a *workable competition*, ou seja, a concorrência viável, revela-se na pluralidade de agentes econômicos atuantes no cenário econômico, de sorte a viabilizar a concorrência entre eles, uma vez que esta última busca um fim em si mesma.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Prossegue Calixto, anotando que: “Para os ordoliberalis, a grande vantagem do sistema concorrencial está exatamente no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a dotar”. Mais adiante, esclarece o autor que “como para o ordoliberal a possibilidade de escolha estende-se a todos os agentes do mercado, consumidores e produtores, a existência de concorrência não é obrigatória. Basta que seja potencial. Daí por que conceito fundamental para a teoria ordoliberal na análise das posições de poder sobre o mercado é a verificação da criação ou não de barreiras à entrada de outros competidores no mercado. Segundo eles, esse tipo de barreira é um dos maiores males de qualquer sistema concorrencial, pois limita a liberdade de escolha tanto de consumidores quanto de produtores”. (SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 25-28).

<sup>66</sup> Paula Forgioni escreve: “Em linhas gerais, a Escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se um modelo de *workable competition*. Essa questão, por sua vez, está relacionada com o problema do número de agentes econômicos atuantes em determinado setor da economia. O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado, sendo a concorrência buscada como um fim em si mesma. Dessa forma, mantém-se a estrutura pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado. A frase *small is beautiful* pode identificar-se com a tese que defendem.” (FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 169-170).

Com relação à Escola de Chicago, em meados de 1970, as decisões proferidas pela Suprema Corte americana, em matéria de direito antitruste, atraíram críticas severas de diversos juristas e economistas, que discordavam da forma pela qual a regulação do mercado vinha sendo conduzida. Richard Posner, um dos principais expoentes da Escola de Chicago, tornou público seu grau de insatisfação com o tema, em seu livro *Antitrust law: an economic perspective*.<sup>67</sup>

Nesse texto, Posner critica a ausência de atenção aos princípios econômicos, quando da apreciação das questões antitruste pelas autoridades judicantes e advogados. Censura a interpretação dada ao sistema antitruste, afirmando que os procedimentos adotados são pouco adequados para pôr em prática os verdadeiros fundamentos da política antitruste: a promoção da concorrência e da eficiência.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> No parágrafo final dessa obra, Richard Posner afirma: *"In closing, I would like to recapitulate very briefly the main theme of the book. As a result of neglect of economic principles, the judges, lawyers, and enforcement personnel who are responsible for giving meaning to the vague language of the antitrust statutes have fashioned a body of substantive doctrine and a system of sanctions and procedures that are poorly suited to carrying out the fundamental objectives of antitrust policy – the promotion of competition and efficiency. The per se rule against price fixing, the merger rules, the rules governing competition in the distribution of goods, the tie-in rule, the use of structural remedies, the trial of antitrust cases according to methods of proof developed hundreds of years ago – these and other features of the antitrust system examined in this book reflect above all an endeavor, sometimes ingenious and sometimes pathetic, to set antitrust free from any dependence on economic principles. The endeavor has failed; the system is in disarray. The time has come to rethink antitrust and with the aid of economics. This book is offered as a contribution to the process of rethinking"*. (POSNER, Richard, *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago: Chicago University Press, 1976, apud RAMOS, Marcelo de Matos, *Antitrust and predation: reflections on the state of art*. (MF/SEAE. Documento de Trabalho, n. 5, out. 2000, p. 10). Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2000-1/doctrab05.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2000-1/doctrab05.pdf)>).

<sup>68</sup> Em outro momento, Richard Posner, lançando críticas à Lei Sherman, fez o seguinte comentário sobre os cartéis: *"En la aplicación de la Ley Sherman contra los carteles y las conspiraciones se ha dado especial importancia a la prueba de la existencia de un acuerdo para fijar los precios (una cuestión legal), antes que a la prueba de los efectos de la conducta de los vendedores sobre el precio y la producción, la cuestión económica. Una consecuencia imprevista de esta importancia es que los carteles que tienen mayores probabilidades de ser descubiertos y perseguidos son aquellos donde los efectos de precio y producción son pequeños. Tales son los carteles que tienen muchos miembros, de modo que es mayor la probabilidad de que uno de ellos se disguste e informe sobre los demás; los que dependen de la negociación y el acuerdo explícito y reiterado, lo que provee la prueba esencial de la violación; y los que tienden a llenarse de engaños y se derrumban pronto em medio de recriminaciones mutuas: circunstancias que crean oportunidades para obtener testigos muy dispuestos a ofrecer pruebas de la existencia del acuerdo. Es menos probable que el cartel de funcionamiento regular genere pruebas del acuerdo efectivo. Lo que la ley castiga es sobre todo el intento de fijar precios. La conspiración completa escapa a menudo a la atención."* (POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 274).

A teoria econômica da Escola de Chicago contribuiu com o aperfeiçoamento do direito antitruste, ao apontar a importância da influência da ciência econômica na resolução dos problemas afeitos à concorrência, ampliou a concepção e alcance do direito antitruste e trouxe melhorias ao sistema concorrencial. Mas a contribuição dessa corrente no âmbito antitruste pautava-se fundamentalmente sob a ótica econômica, não havendo maiores referências sob a ótica do direito. Essa argumentação torna-se insustentável e passa a sofrer críticas do movimento denominado revisionista, que discordou parcialmente das afirmações feitas pelos membros da Escola de Chicago. A discordância se revela parcial porque há o entendimento comum de que a teoria econômica contribui para o desenvolvimento do tema antitruste, na medida que seus conceitos podem instrumentar o direito antitruste, mas se revela falível, ao suprimir a orientação jurídica nas questões antitruste. Lawrence Anthony Sullivan, um dos representantes desse movimento revisionista, assinala que: *“If economics can not supply the law with prefabricated policy goals, it can provide techniques which the law may use as tools in pursuit of its own objectives.”*<sup>69</sup>

A Escola de Chicago é uma corrente que defende o papel auto-regulador dos mercados e de seus agentes, sem interferências governamentais. Para seus membros, o mercado possui mais virtudes do que problemas, e tem melhores condições de decidir sobre as alocações de recursos do que o Estado. Em síntese, para a Escola de Chicago, a eficiência e o bem-estar do consumidor são máximas a serem perseguidas pelo direito antitruste, lembrando que, para os economistas neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores, e,

---

<sup>69</sup> SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*. St. Paul: West Publishing, 1977. p. 9.

conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor. Essa última afirmação é o ponto mais contestável dessa teoria, já que não é de modo algum certo que o monopolista queira dividir seus lucros com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de eficiência ocorrido.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 23-24.

## 4 MERCADO RELEVANTE

De que forma se constata o abuso do poder econômico ou a prática de atos anticoncorrenciais e como identificar se os atos de uma empresa são nocivos à concorrência? Para responder a essas perguntas, é imperioso conhecer o mercado em que as práticas anticoncorrenciais estão sendo realizadas e os concorrentes que estão sendo atingidos. A concorrência se realiza em um determinado mercado relevante, cuja conceituação e delimitação são essenciais ao bom emprego de uma norma antitruste. O texto da Lei n. 8.884/94 faz referência ao mercado relevante, no entanto é omissivo quanto à conceituação desse instituto, restando à doutrina sua discussão e conceituação.

A definição de mercado relevante é essencial à compreensão do alcance da legislação antitruste. Sem a exata concepção material e geográfica de mercado relevante, não será possível identificar infrações à ordem econômica, nem tampouco aplicar a legislação cabível, pois a sua delimitação constitui o ponto de partida da análise das autoridades antitruste, no que tange à identificação de infrações à ordem econômica.

Mas o que vem a ser mercado relevante? O conceito de mercado relevante não retrata uma realidade palpável. É um conjunto de ações e procedimentos que se travam entre empresas e consumidores numa determinada área geográfica, onde haja oferta e procura de determinados produtos. Para Paula Forgioni, “mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”<sup>71</sup>. O conselheiro relator José

---

<sup>71</sup> FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 231.

Matias Pereira, ao apreciar um ato de concentração, definiu mercado relevante como o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e na procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalentes em territórios vizinhos.<sup>72</sup>

A definição de mercado relevante requer a identificação e localização de concorrentes que comercializam determinados produtos ou serviços que possam ser substituídos por outros em determinada área geográfica, ou seja, é a definição do espaço geográfico e material onde se estabelece a concorrência. Um mercado só será relevante, no que tange aos aspectos anticoncorrenciais, se considerado dentro de uma área geográfica e de produtos pré-delimitada, em que se conceba a possibilidade de exercício de poder de mercado.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Definição extraída do voto do conselheiro relator José Matias Pereira, no Ato de Concentração n. 16/94 (DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico*: jurisprudência anotada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 302).

<sup>73</sup> Rafael Miranda analisa o mercado relevante, anotando que: *“Para que se perfeccione la posición dominante, debe poder ejercer este poder sobre un mercado relevante; es decir, la definición no toma en cuenta a la empresa, sino al mercado específico de un bien producido o comercializado, e de la prestación de un servicio determinado. El mercado relevante se acota teniendo en cuenta: a) la posibilidad de sustitución del mismo por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en que medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para acceder al bien sustituto. El bien sustituto debe definirse con bastante precisión, pues de lo contrario será muy difícil la aplicación de la ley, se debe tratar de bienes de similar calidad, características, así como de precios unitarios similares. No se deberá considerar sustituto de un bien alimenticio otro por el simple hecho de que tenga iguales calorías y proteínas; se debe considerar también las costumbres y gustos de la sociedad en análisis (em este caso, el pan no es un sustituto de la tortilla para el consumo de los mexicanos, aún em el caso de que se lo subvencionara y se lograra un precio final igual); b) el costo de los insumos y de distribución del bien, de sus complementos y de sus sustitutos de otras regiones y del extranjero; las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones; c) los costos y probabilidades de los consumidores de recurrir a otros mercados. Para la aplicación de los incisos b) y c) se debe considerar las características de las empresas, si son fábricas o comercializados, si tienen tamaños para acceder a proveedores ajenos a la región o al país, o si los perjudicados son los consumidores finales al mayoreo o menudeo y sus características económicas; d) las restricciones que operan em los otros mercados y pueden limitar el acceso a los mismos. Em este último casos, la ley tiene em cuenta principalmente a consumidores de alto poder adquisitivo, em especial empresas.”* (MIRANDA, Rafael, apud CORREA, Carlos Maria et al., *Temas de derecho industrial y de la competencia*, op. cit., p. 151-152).



A delimitação de mercado relevante requer, portanto, a análise de dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material.

#### **4.1 Mercado relevante geográfico**

Para analisar os reflexos econômicos que um ato de concentração pode causar no cenário econômico, é necessário delimitar o alcance geográfico e material (produto) do mercado relevante em que os agentes econômicos estão competindo. A delimitação geográfica e material exige das autoridades antitruste profundos conhecimentos do mercado a ser avaliado, devendo haver estudos sobre os produtos comercializados, concorrentes do mercado, nível de participação das empresas num determinado mercado, possibilidade de substituição de produtos, preferências do consumidor e possibilidades de entrada de novos concorrentes no mercado analisado, entre outros fatores.

O mercado relevante geográfico é a área em que se realiza a concorrência e cuja delimitação deve atender os critérios acima arrolados. Não basta identificar a área onde se realiza a oferta e a procura de um determinado produto, é imprescindível verificar se há produtos substitutos no mercado em questão ou em mercados vizinhos, se os substitutos atendem às necessidades e preferência do consumidor e se haverá alguma barreira à entrada de novos concorrentes. Para melhor ilustrar, digamos que numa cidade interiorana haja apenas duas padarias, “A” e “B”. A padaria “A” detém 50% de participação no mercado relevante e a padaria

“B” os demais 50%. O proprietário da padaria “A”, buscando ampliar seu negócio, faz uma proposta de compra ao proprietário da padaria “B”, sendo a proposta aceita e realizada a venda. Para identificar o mercado relevante geográfico dessas padarias e as implicações dessa concentração, deve-se fazer a seguinte pergunta: quais são e onde estão localizados os concorrentes dessas empresas? Se a concorrência se restringir às duas padarias situadas na cidade interiorana, seja porque não há outras padarias na localidade, ou porque as padarias mais próximas estão localizadas em cidades vizinhas, mas distantes da cidade em questão, o mercado relevante geográfico onde estão localizadas as duas padarias será o da cidade interiorana em que estão localizadas as padarias “A” e “B”; mas se os moradores dessa cidade têm a opção de realizar suas compras em cidades vizinhas, sem ter que suportar maiores gastos ou despender muito mais tempo, aí o mercado relevante geográfico em que estão inseridas as padarias “A” e “B” estender-se-á até as localidades vizinhas que oferecem produtos com qualidade semelhante e por preços competitivos, eis que não se demandam maiores esforços por parte dos consumidores para alcançá-las.

Esse é um exemplo bastante simples de identificação e delimitação do mercado geográfico, cujo intuito é demonstrar a possibilidade de elasticidade do mercado, de acordo com os critérios utilizados. Por certo as implicações de identificação de um determinado mercado relevante apresentam-se de forma muito mais complexas.

A título exemplificativo, veja-se a aquisição efetuada pela empresa Siderúrgica Laisa S.A., com sede em Montevideu, Uruguai, da totalidade das quotas

da empresa Korf GmbH, controlada pela empresa Metallgesellschaft AG, com sede em Frankfurt, Alemanha. No presente caso, o poder de mercado do Grupo Gerdau foi medido em função do mercado relevante do produto de laminados de aços longos comuns, tendo o mercado geográfico sido definido como o mercado nacional, visto que mesmo tendo a maioria das suas unidades fabris localizadas na Região Sudeste, as vendas eram feitas em todo o território nacional<sup>74</sup>. O mesmo se verifica com o ato de concentração envolvendo as empresas Brasilit S.A. e Eternit S.A., que submeteram à apreciação da Secretaria de Direito Econômico a criação da empresa Eterbras Sul Ltda., que incorporaria as unidades da Brasilit em Esteio, Rio Grande do Sul, e da Eternit em Colombo, Paraná. O mercado relevante geográfico foi de fácil delimitação, uma vez que o mercado relevante é o de produtos de fibrocimento que, em termos geográficos, abrange todo o território nacional, posto que a oferta concentrada nas Regiões Sul e Sudeste atende a demanda de todo o país, e quanto à possibilidade de substituição do produto para fins de demarcação do mercado geográfico, observou-se que o fibrocimento é o material de custo mais baixo e que não tem substitutos com base em outro tipo de matéria-prima barata ou eficiente.<sup>75</sup>

Vejamos alguns exemplos práticos de delimitação de mercado relevante geográfico anotados por Franceschini: a) dados os custos e dificuldades envolvidos no transporte, o mercado de cimento é regional, limitado a poucas centenas de quilômetros da origem. Por exemplo, a partir de Santos, São Paulo, o mercado abrange os Estados de São Paulo, Paraná e Sul do Rio de Janeiro; b) o poder de mercado das redes de supermercados deve ser analisado localmente, sendo delimitado pela capacidade e disposição do consumidor para se deslocar, ou de

---

<sup>74</sup> DUTRA, Pedro, *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*, op. cit., p. 217-225.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 174-179.

outra forma, por seu custo de busca; c) o mercado geográfico de distribuição de produtos siderúrgicos de corte transversal e longitudinal é o nacional, em virtude do fato de as importações não serem significativas e de o Brasil ser um importante produtor e exportador, praticando preços competitivos internacionalmente.<sup>76</sup>

A delimitação do mercado geográfico é bastante complexa, uma vez que não obedece tão-somente a critérios fixos e pré-determinados, podendo até ser delimitado com base em acontecimentos futuros. É o que se verifica no Ato de Concentração n. 26/95, em que a empresa Rockwell do Brasil S.A. objetivava alienar sua linha de fabricação de eixos diferenciais tipo Salisbury, suas peças e partes, sendo o adquirente o Grupo Dana, controlador da Albarus S.A. Indústria e Comércio no Brasil. No Brasil, a Rockwell e a Albarus eram as duas únicas empresas *independentes* do ramo, sendo o mercado ofertante integrado também por duas montadoras. Em termos de substitutibilidade, o eixo Salisbury não podia ser substituído por outro tipo de eixo diferencial. De outra parte, a General Motors do Brasil comunicou à Albarus que, a partir de 1996, pretendia lançar o modelo S10 utilizando eixos diferenciais dianteiros importados dos Estados Unidos e fabricados pela American Axle. Tal iniciativa sinalizou que as importações de outros modelos de eixos projetados para novos veículos poderiam ocorrer a qualquer momento. A análise do mercado geográfico considerou ainda os investimentos programados para a Argentina pelas principais montadoras de veículos, como, por exemplo, a Chrysler, com o utilitário Gran Cherokee, a Toyota com o Hilux, a Ford com a camionete Ranger e a Mercedes-Benz com o utilitário TIN. Alguns desses veículos utilizavam na época o eixo Salisbury, outros o eixo tipo Banjo. Quanto ao mercado de

---

<sup>76</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 817 e 831-832.

reposição, na Argentina existem diversas indústrias que produzem peças e partes do eixo Salisbury, uma delas pertencente à Eaton Corp., que possui unidades fabris no Brasil e em diversos outros países – embora na época a Eaton não produzisse eixos completos, dispunha de tecnologia indispensável à sua fabricação. Nesse caso, a potencialidade de produção e inexistência de barreiras comerciais e tarifárias conduziram ao entendimento de que o mercado relevante geográfico de eixos diferenciais tipo Salisbury abrangia o Mercosul.<sup>77</sup>

No caso acima elucidado, diversos foram os critérios utilizados pelas autoridades antitruste para identificar e delimitar o mercado geográfico relevante. Não foram considerados apenas fatos presentes, mas também fatos potenciais que poderiam ocorrer num futuro breve e influir na análise do mercado geográfico. Uma análise menos detida da aquisição que se operou certamente acarretaria a delimitação nacional do mercado geográfico relevante, pois na medida que o mercado nacional apresenta apenas duas empresas concorrentes, fabricando o mesmo produto, uma delas sendo adquirida pela concorrente e não havendo substitutos desse produto, concluir-se-ia pela monopolização do produto e possíveis ineficiências econômicas, pela absoluta ausência de concorrência no mercado. No entanto, o que se adefere dessa análise geográfica são as inúmeras facetas a serem analisadas num ato de concentração, permitindo assim às autoridades antitruste, a correta visualização do mercado relevante em questão e, por conseguinte, aplicar a decisão mais adequada ao caso concreto.

---

<sup>77</sup> DUTRA, Pedro, *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*, op. cit., p. 462-463.

## 4.2 Mercado relevante material

O mercado relevante material ou mercado do produto é aquele que compreende todos os produtos ou serviços que possam ser substituídos entre si, desde que guardem as mesmas eficiências e utilidades a que se prestam. Uma vez identificado o mercado do produto, deve-se delimitar sua extensão, ou seja, o limite de substituição de um produto por outro. A grosso modo, pode-se dizer que os produtos com características semelhantes nos termos de preço e utilidade fazem parte do mesmo mercado do produto. Mas essa delimitação não é tão simples quanto possa parecer. O mercado de copos de vidros, por exemplo, pertence ao mesmo mercado de copos plásticos? Não, porque muito embora ambos os copos possam se prestar à principal finalidade para a qual foram criados, qual seja, tomar uma bebida, criaram-se conceitos e hábitos diferentes na utilização dos copos de vidro e de plástico. Os produtos são utilizados para finalidades diversas. Os copos plásticos são utilizados geralmente em ambiente coletivo e informal. Os copos de vidro são usados em residências, restaurantes e ambientes que guardam maior formalidade. Mas as diferenças não se encerram entre os copos plásticos e de vidro, estes últimos também apresentam entre si um amplo rol de diferenças, situando-se em mercados de produtos diversos. A taça de vinho, champanhe, água, o copo de chope, *whisky*, coquetéis, licor, enfim inúmeros tipos de copos poderiam ser listados, não obstante todos sejam copos de vidros, prestam-se a finalidades diversas e, portanto, são considerados produtos pertencentes a mercados distintos. Certamente essa análise dos copos não se encerra nas considerações acima, muitos outros fatores devem ser analisados, mas esse exemplo já apresenta indícios da complexidade do assunto.

Na caracterização do mercado relevante de produto, Franceschini anotou um ato de concentração que envolvia a identificação do mercado relevante de torradas. As requerentes propuseram como produto relevante o mercado de torradas industrializadas. O conselheiro relator do processo conclui que as torradas são produtos que apresentam composição similar aos pães, quando submetidos ao processo de forneamento. Assim, os pães (industrializados ou não) e as torradas produzidas artesanalmente por padarias e supermercados como subprodutos da fabricação de pães, devem também compor o produto relevante, em razão da substituição que pode haver entre os pães industrializados ou não. De outro lado, o relator ressalta que a definição do produto relevante como torradas industrializadas poderá no futuro apresentar-se plenamente factível, na medida que se desenvolva o sofisticado e específico mercado de torradas industrializadas, levando os consumidores a não conceber torradas e pães como produtos substituíveis entre si.<sup>78</sup>

Calixto Salomão Filho anotou um caso bastante interessante que se passou nos Estados Unidos sobre produtos idênticos, porém classificados em mercados diversos. A Suprema Corte americana considerou as verduras vendidas em supermercados como um mercado separado das verduras vendidas em armazéns, empórios, ou mesmo por comerciantes exclusivos de verduras. Os custos de substituição, no caso, eram subjetivos e consistiam no fato de que só os supermercados respondem pelas necessidades periódicas e genéricas dos consumidores. A maioria dos consumidores de supermercado são constituídos por pessoas que devem fazer suas compras conjuntamente, não tendo tempo nem

---

<sup>78</sup> FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 618.

interesse em comprar cada um dos itens de necessidade imediata de comerciantes especializados. Os custos de substituição do produto (verduras vendidas em supermercados) são, portanto, excessivamente elevados para esses consumidores (consistindo em tempo perdido de trabalho ou lazer).<sup>79</sup>

Franceschini traz jurisprudência sobre a caracterização do mercado relevante de produto no mercado nacional. Alguns exemplos são os seguintes: a) no mercado de filtros para coar café, a grande distância que separa os produtos, seja em termos de preço e de durabilidade, seja de hábitos do consumidor, não permite a inclusão dos filtros de papel, de pano e de nylon em único mercado relevante; b) embora exista um razoável grau de substitutibilidade dos derivados de soja com os de outros grãos, como o algodão, canola, milho, girassol e outros, a soja (farelo e óleo bruto) e o óleo refinado constituem, cada qual, um mercado relevante; c) o mercado de papéis sanitários deve ser segmentado conforme a finalidade, pelo lado da demanda, em papel higiênico, papel toalha, guardanapo e lenço de papel. Existe grande número de concorrentes nos diversos mercados segmentados, bem como uma enorme variedade em termos de preço e qualidade, o que sugere que o consumidor dificilmente irá substituí-los entre si; d) o mercado de luvas de borracha é de ser segmentado conforme a utilização do produto, a saber, em luvas profissionais, domésticas e industriais, luvas cirúrgicas e luvas para exame e procedimentos não cirúrgicos e dedeiras.<sup>80</sup>

Para ilustrar o elástico conceito que o mercado relevante de produto pode alcançar, anota-se o voto da conselheira relatora, Lúcia Helena Salgado e Silva, no

---

<sup>79</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial*: as estruturas, op. cit., p. 105-106.

<sup>80</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 784-868.



ato de concentração envolvendo a aquisição da empresa Oberdorfer S.A. pela Electrolux Ltda, cujo mercado relevante era o de aspiradores de pó e/ou água domésticos, tendo como mercado potencial o universo de serviços de limpeza doméstica. A relatora assinalou em seu voto que, não obstante as Secretarias de Acompanhamento Econômico e de Direito Econômico tenham corroborado o entendimento da requerente, em seu entendimento, a definição por eles aludida do mercado do produto aspirador de pó não foi suficientemente adequada. Para a relatora, uma definição precisa das fronteiras de um mercado relevante requer o cálculo, ou ao menos indicações, da elasticidade cruzada entre o bem em questão e seus substitutos próximos. Em busca de substitutos, verifica-se que há outros bens, como vassoura de piaçava, pelo ou específica para tapete e carpete, assim como o rodo e o escovão, que cumprem, como o aspirador de pó e de água, a função de limpeza de assoalhos, embora apresentem desempenho e conveniência de uso distintos.<sup>81</sup>

Uma questão a ser avaliada quando da identificação do mercado do produto é a verificação da existência de outros produtos que possam ser rapidamente ajustados e tornarem-se um substituto daquele mercado que sofre uma concentração. Nesse caso, poder-se-á cogitar da elasticidade do mercado do produto, devido à possibilidade de entrada de novos concorrentes, num curto lapso de tempo.

A análise da substituição de produto pressupõe dois aspectos, substituição da demanda e substituição da oferta. A pergunta a ser feita no primeiro caso é se os

---

<sup>81</sup> DUTRA, Pedro, *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*, op. cit., p. 803.

consumidores podem substituir prontamente um determinado produto por outro similar, em decorrência de um possível aumento de preço. No segundo caso, a pergunta é se outros fornecedores podem prontamente substituir sua produção por produtos com maior demanda no mercado. Um mercado será competitivo se os consumidores puderem escolher entre uma escala de produtos com características similares e se o fornecedor não enfrentar obstáculos aos produtos ou aos serviços, no respectivo mercado.

### **4.3 Metodologia para identificação do conceito elástico de mercado relevante**

A questão do mercado relevante é bastante complexa, guarda muitas peculiaridades e, em algumas situações, é de difícil percepção. Isso porque a delimitação do mercado relevante depende de um estudo sistemático e detalhado da área geográfica em que a concorrência se verifica e dos produtos que são tidos como substitutos entre si. O parágrafo 3º do artigo 54 da Lei n. 8.884/94 dispõe sobre as formas de controle de atos e contratos, disciplinando que os atos de concentração que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

Saber identificar o mercado relevante geográfico e material é essencial à correta aplicação da legislação antitruste<sup>82</sup>. Para tanto, a definição detalhada do mercado do produto, com a inclusão de todos os bens que possam ser substitutos entre si, é imprescindível à sua exata dimensão. Para melhor elucidar a questão sobre delimitação do mercado relevante, a título exemplificativo faremos referência a um caso que foi submetido à Comisión Nacional de Defensa de la Competencia da Argentina.<sup>83</sup>

A Editorial Amfin S.A. formulou uma denúncia contra a empresa Arte Gráfico Editorial Argentino S.A (AGEA S/A), alegando que a denunciada oferecia aos anunciantes que realizam campanhas publicitárias semanais e mensais de grande volume na Argentina um desconto extra de 15% no preço final, com a condição de que a publicidade fosse efetuada com exclusividade pela denunciada. Dessa forma, a empresa AGEA S.A. impedia a publicidade simultânea dos anúncios em outros diários ou em outros veículos da imprensa. Esse desconto era concedido de forma diferente da habitual e normal aplicada em toda a imprensa para agências. Assim, através dessa condição de exclusividade imposta aos anunciantes do diário Clarín e da revista dominical Viva, para que eles pudessem se beneficiar do desconto, não poderiam veicular em outras publicações.

---

<sup>82</sup> Paula Forgioni observa que “o elástico conceito de mercado relevante é utilizado pelas empresas, que buscam furtar-se à necessidade de obtenção da autorização prevista no parágrafo 3º do artigo 54 da Lei n. 8.884/94. Sustentando a maior abrangência do mercado relevante em que atuam, procuram demonstrar que não possuem vinte por cento desse mercado, buscando desobrigar-se da notificação da operação de concentração ou ainda da aplicação de multa pela falta de tempestiva comunicação” (FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 253).

<sup>83</sup> CORREA, Carlos Maria et al., *Temas de derecho industrial y de la competencia*, op. cit., p. 427-451.

A AGEA S.A. respondeu à denúncia contra ela efetuada, sustentando que a prática denunciada tem um volume ínfimo dentro das vendas do diário e no mercado publicitário total, não afetando, portanto, o interesse econômico geral. Acrescentou que os descontos efetuados nas vendas com exclusividade representavam 2,12% do faturamento total e 1,64% dos anúncios agrupados, sendo 3,40% na revista Viva e 2,76% nos classificados; e que, do total do mercado publicitário, absorvia uma parte minoritária. Esclareceu também que o desconto em questão não era de 15%, mas de 10%, não podendo ser considerado uma prática predatória, porquanto supunha níveis de preços superiores aos custos para manter uma rentabilidade razoável; e que tampouco supunha influenciar de forma negativa a liberdade de imprensa e o direito à informação. Com relação ao mercado relevante e ao abuso de posição dominante que lhes imputavam, expressou a AGEA que, no caso do mercado, a publicidade realizada não se esgota nos diários, já que concorrem contra eles múltiplos meios, como rádio, televisão, TV a cabo, revistas, etc., servindo todos o mesmo fim e propósito dos anunciantes, que podiam optar entre um ou outro, inclusive os diários, como efetivamente sucede, existindo uma dispersão na oferta da publicidade.

Na delimitação geográfica do mercado, verifica-se a existência de certos diários, cuja difusão é principalmente local, e outros cuja difusão é nacional. Quanto a esses últimos, encontram-se na sua totalidade na capital federal. A AGEA oferecia um desconto por exclusividade unicamente se os anunciantes se absterem de publicar seus bens ou serviços em outros jornais da capital federal, não fazendo menção alguma aos outros meios publicitários, como a televisão ou o rádio. Desse modo, revelava que seus principais competidores são os demais diários da área

metropolitana de Buenos Aires, e não os meios gráficos de outras partes do país. Conclui-se, portanto, que o mercado relevante para analisar a conduta denunciada é o de vendas de exemplares e de publicidade dos diários com projeção nacional na capital federal, com exclusão da televisão e rádio.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia concluiu que o mercado relevante onde se verificou a conduta denunciada é a dos diários editados na capital federal com projeção nacional. Nesse mercado, a empresa AGEA tem uma participação bastante significativa, que resulta imprescindível para muitas campanhas publicitárias de produtos que aspiram lograr uma alta efetividade. A empresa AGEA implementou uma política de bonificação por exclusividade para os anunciantes do diário Clarín que, ao restringir a concorrência, se tornou potencialmente excludente e estabeleceu uma barreira à entrada de outras empresas no referido mercado. Após o estudo da questão em análise, a Comisión Nacional aconselhou que a empresa Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. cessasse a conduta de outorgar descontos ou bonificações por exclusividade nos avisos que publicam seus anúncios, em qualquer de suas formas, por se enquadrar a mesma nas proibições estabelecidas em lei.

Num outro ato de concentração levado à apreciação das autoridades antitruste, verifica-se a possibilidade de elasticidade do mercado relevante de absorventes higiênicos. Os produtos de proteção feminina incluem dois tipos de absorventes, internos e externos. A preferência das consumidoras quanto a um ou outro tipo de absorvente é muito forte e baseia-se na saúde, finalidade, preços,

cultura ou religião. Desse modo, as preferências das consumidoras são suficientemente fortes para o reconhecimento de dois mercados distintos.<sup>84</sup>

Os exemplos acima mencionados apontam continuamente para a importância da delimitação do mercado relevante de bens ou serviços. Do contrário, as medidas preventivas ou repressivas adotadas pelas autoridades antitruste na orientação, regulação e proteção da concorrência restariam prejudicadas, se não houvesse a correta delimitação do mercado relevante.

## **4.4 Estruturas de mercado**

### **4.4.1 Concorrência perfeita**

O mercado de concorrência perfeita é aquele que contempla a existência de um grande número de pequenos vendedores e compradores, de modo que, considerados individualmente, não têm grande representação no mercado relevante. Nesse mercado, não há espaço para práticas desleais de preços, associações e cooperação com o fim de eliminar concorrente.

O estudo do mercado de concorrência perfeita serve como paradigma para o estudo dos demais modelos de mercado, uma vez que sua existência é quase nula no cenário econômico. O mercado de concorrência perfeita é um ideal, um

---

<sup>84</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 636.

referencial, mas difícil de se verificar na prática, pela complexidade que o mercado apresenta. A própria legislação antitruste nacional autoriza estruturas de mercado que se distanciam do modelo de concorrência perfeita, ao dispor que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza infração à ordem econômica, nos termos do artigo 20, III, parágrafo 1º da Lei n. 8.884/94.<sup>85</sup>

#### 4.4.2 Concorrência imperfeita

As relações de mercado são ágeis, dinâmicas e muito competitivas, não guardam espaço para medidas que conduzam a uma concorrência perfeita. A competitividade entre as empresas é agressiva, todos buscam melhores resultados, maiores lucros e uma forte representação no cenário econômico. Não é possível

---

<sup>85</sup> Manuel Broseta Pont e Fernando Martinez Sanz assinalam que: “Los economistas clásicos acuñaron la expresión de competencia ‘perfecta’ o ‘pura’, para describir una teórica situación del mercado, en el que por su propia estructura ninguna empresa (oferente) se encontraba en situación de influir sobre los precios, los cuales habían de ser, además, el resultado perfecto del libre juego de la oferta y de la demanda. El mercado, y dentro de él el consumidor, es soberano, pues es en definitiva el que fija los precios y, a la larga, el destino de los competidores, que resultarían ‘premiados’ o ‘castigados’ con la elección del consumidor. Motivos todos ellos por los cuales se entendía que el Estado no debía intervenir regulando la competencia, pues se trataba de un mecanismo perfecto. En realidad, esta idílica situación de competencia perfecta no se ha producido nunca, y mucho menos en la economía moderna, en la que el régimen del mercado suele ser monopolístico u oligopolístico; en la que las grandes unidades industriales tienden a concentrarse en pocas manos que pueden fijar o controlar, directa o indirectamente, la oferta y la demanda y, con ellas, los precios; y en la que existe una profunda tendencia a que sean las grandes empresas que dominen y configuren el mercado (y no a la inversa); y en la que, renuncian a competir (p. ej. poniéndose de acuerdo sobre los precios). Por todas estas razones, los economistas modernos han sustituido la noción de competencia perfecta o pura, por otro concepto que responde más exactamente a la realidad y que denominan competencia ‘imperfecta’, ‘practicable’, u ‘operativa’. Se trata de una noción que presupone la existencia de todas las circunstancias anteriormente descritas, a más de una innata tendencia al abuso de poder por parte del capital. En esta situación, el mercado y la economía así descritos presuponen la existencia de un cierto, aunque relativo, grado de competitividad entre las empresas, que puede manifestarse de varias maneras y producir beneficiosos efectos (p. ej.: la mejora de los precios, de la calidad de los servicios, etc.) sobre la comunidad.” (BROSETA PONT, Manuel; MARTINEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, op. cit., v. 1. p. 157-158).

conceber um contexto que contemple concorrência perfeita, pela dinâmica natural do mercado capitalista.<sup>86</sup>

O Estado busca orientar a atuação dos agentes econômicos, no entanto a própria legislação não vislumbra o alcance de uma concorrência perfeita, eis que a dominação de mercado, quando legítima, é defesa em lei. É o que dispõe o parágrafo 21 do artigo 20 da Lei n. 8.884/94. Isso não significa dizer que as anomalias do mercado serão suportadas pela ordem jurídica-econômica, por não se conceber um mercado que contemple a concorrência perfeita. Significa que o ordenamento jurídico, a par do sistema econômico em que está incluso, deve direcionar-se no sentido de minimizar os possíveis efeitos maléficos decorrentes da economia de livre mercado, orientando a atuação dos agentes econômicos nos termos do modelo econômico nacional. Por essa razão é que se defende o modelo de defesa da concorrência viável ou praticável.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Nesse sentido, Viscusi et al., fazendo referência à importância de políticas antitruste e da regulação estatal sobre a economia, assinalam: *"If we existed in a world that functioned in accordance with the perfect competition paradigm, there would be little need for antitrust policies and other regulatory efforts. All markets would consist of a large number of sellers of a product, and consumers would be fully informed of the products' implications. Moreover, there would be no externalities present in this idealized economy, as all effects would be internalized by the buyers and sellers of a particular product. Unfortunately, economic reality seldom adheres very closely to the textbook model of perfect competition. Many industries are dominated by a small number of large firms. In some instances, principally the public utilities, there may even be a monopoly. Consumers who use hazardous products and workers who accept risky employment may not fully understand the consequences of their actions. There are also widespread externalities that affect the air we breathe, the water we drink, and the future viability of the planet."* (VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E., *Economics of regulation and antitrust*, op cit., p. 2-3).

<sup>87</sup> Nesse sentido, anota Celso Ribeiro Bastos: "Embora de fato o mercado possa não reproduzir condições ideais, perfeitas de competição, é forçoso reconhecer, no entanto, que ainda assim é plenamente possível uma concorrência relativa, que, nada obstante uma certa dose de restrição, esteja apta a produzir todas aquelas vantagens próprias da concorrência". (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7. p. 81).



### 4.4.3 Oligopólio

O fenômeno da presença de poucos vendedores dominando a maior parte do mercado de determinados bens e serviços caracteriza um oligopólio, a exemplo da indústria automobilística e a indústria de bebidas. O oligopólio sucede não apenas quando os vendedores formam realmente um pequeno grupo, como também quando, muito embora em grande número, há profunda diferença de envergadura econômica.<sup>88</sup>

O oligopólio é um regime extremamente volátil pois, a partir, por exemplo, de um cartel, pode se transformar em um monopólio. De outro lado, não chegando eles a um acordo, ou o rompendo quando já existente, passam a atuar de maneira muito próxima à da concorrência imperfeita, desencadeando guerras comerciais, não tanto nos preços, mas sim na qualidade – real ou imaginária – dos produtos, por meio de novos modelos, melhores no acabamento e na apresentação, aumento do tempo de garantia, promoções, brindes, campanhas publicitárias e outros expedientes<sup>89</sup>. Da mesma forma que o monopólio, o oligopólio também não sofre sanção quando sua formação for resultado de conseqüências naturais do mercado relevante de que participa.

---

<sup>88</sup> Fábio Nusdeo firma: “Assim, por exemplo, a indústria automobilística constitui um oligopólio porque são poucas as fábricas de veículos. A situação não se alteraria substancialmente caso uma ou duas dezenas de novas fábricas viesse a se instalar, porém, com uma capacidade produtiva muito inferior à das atuais. Outros setores também podem caracterizar um oligopólio, ainda que apresentem 50 ou 100 vendedores, desde que alguns – digamos os 10 primeiros – detenham uma parcela preponderante da oferta, por exemplo, 80%. Neste caso a influência dos demais 90 competidores será mínima e na prática o mercado estará sendo marcado pela atuação dos 10 primeiros, caracterizando assim um oligopólio”. (NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, op. cit., p. 267).

<sup>89</sup> *Ibidem*, mesma página.

#### 4.4.4 Monopólio

O monopólio, por sua vez, caracteriza-se pela estrutura de mercado que contempla um único vendedor na oferta de determinados bens e serviços. A teoria do monopólio não se aplica exclusivamente àquelas empresas que detêm 100% do mercado, mas também a situações em que determinada empresa detém parcela substancial do mercado, e seus concorrentes apenas pequenas parcelas do mercado, de sorte que nenhum deles influi sobre o preço de mercado. Veja que o monopólio distancia-se do modelo de concorrência perfeita, no entanto, sendo sua formação lícita, não enfrenta sanção legal.

Dentre as consequências dos monopólios para o direito antitruste, pode-se destacar o aumento de preços, eis que a obtenção de uma posição monopolista incentiva a empresa a praticar preços mais altos; há o problema da destinação dos recursos transferidos, na medida que crescendo o faturamento da empresa, aumentam os lucros do monopolista e ele certamente estará propenso a utilizar parte desse faturamento adicional na manutenção da posição monopolista, acarretando perdas sociais. Pode haver desestímulo à inovação, assim como ao aprimoramento ou, ao menos, à manutenção da eficiência.

Há situações em que o mercado é monopolístico pela sua própria natureza. Verifica-se o monopólio natural nos casos em que o alto custo da produção ou da prestação do serviço exige produção em alta escala, não comportando pluralidade de empresas no mesmo setor, eis que o retorno dos altos custos para desenvolver a

atividade só será auferido se toda a produção for centralizada em uma única empresa. É o caso, por exemplo, do setor de infra-estrutura.

#### 4.4.5 Monopsônio e oligopsônio

O monopsônio caracteriza-se pela estrutura de mercado que contém uma estrutura atomizada de vendedores, mas apenas um comprador, ou seja, é o fenômeno oposto ao poder do vendedor<sup>90</sup>. Pode-se identificar essa hipótese, por exemplo, no caso de uma região que dispõe de um grande número de produtores de cana, havendo apenas uma usina na qual a cana poderá ser industrializada.<sup>91</sup>

Para o direito antitruste, essa estrutura de mercado pode acarretar perdas para o consumidor final, eis que os ganhos obtidos pelo monopsonista, em razão de seu poder de compra sobre seus fornecedores, geralmente não são repassados ao consumidor. Essa situação tende a se agravar se o monopsonista, além do poder de compra, tiver o poder de venda no mercado.

---

<sup>90</sup> Calixto Salomão Filho faz uma rápida descrição da teoria microeconômica dos monopsônios. “Pode-se dizer que o monopsônio representa para o lado da demanda o mesmo que o monopólio representa para a oferta. O poder monopsonista faz com que o agente dotado desse poder possa reduzir o preço do produto adquirido através de uma redução da quantidade demandada. Em função dessa redução do preço do insumo adquirido, o custo médio do produto final do monopsonista se reduz. O custo marginal, no entanto, que é aquele relevante para a determinação do preço, tem a tendência de se elevar. (SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 145).

<sup>91</sup> Fábio Nusdeo escreve que “a atitude do monopsonista será quase sempre a de retardar as suas compras tanto quanto possível, a fim de forçar os vendedores a lhe entregar o produto a um preço mais baixo. Exemplo seria o de um abatedouro de aves, o único a operar numa dada região. Ele retarda as suas compras, poderá levar os granjeiros a situações insustentáveis, pois é sabido que as aves têm um momento certo para serem abatidas, passado do qual elas não mais convertem ração em peso, pelo menos na proporção que compense a espera. O produtor não poderá reter as aves além desse ponto, caso contrário ele deverá alimentá-las sem qualquer contrapartida de ganho de peso, sendo forçado, portanto, a entregá-las mesmo a um preço vil para evitar prejuízo maiores. O mesmo se diga do leite e de outros produtos perecíveis” (NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, op. cit., p. 271-272).

A estrutura de mercado oligopsonista se verifica sempre que uma pequena parte de compradores seja responsável por uma parcela significativa das compras ocorridas no mercado. Exemplo dessa estrutura oligopsonista são as indústrias automobilísticas em relação à indústria de autopeças, assim como dos comerciantes ou beneficiadores de produtos agropecuários, cujo número, em cada região, é muito reduzido, em comparação com o dos ofertantes.<sup>92</sup>

#### 4.5 Falhas do mercado

O mercado em concorrência perfeita conduz a uma alocação eficiente de recursos. Todavia, a realidade econômica não corresponde perfeitamente ao modelo de concorrência perfeita, havendo comportamentos que não conduzem à eficiência econômica do bem-estar social. Verificam-se falhas no mercado quando os preços das mercadorias e serviços não correspondem aos custos verdadeiros de produção e consumo. Segundo a classificação utilizada por Fábio Nusdeo, são cinco as principais falhas do mercado: mobilidade dos fatores, acesso às informações relevantes, concentração econômica e externalidades. O interesse específico neste trabalho está focado nas concentrações econômicas.

---

<sup>92</sup> Calixto Salomão Filho afirma: “Para um sistema que pretenda impedir todas as formas de abuso do poder econômico, seja qual for a vítima desse abuso, seja ele o consumidor ou o produtor, essas situações devem, também, ser objeto de atenção. Note-se que o sistema brasileiro é particularmente conformado para um tal tipo de interpretação. Já o artigo 1º da Lei Antitruste prevê ser a ordem econômica orientada, entre outros princípios, pela repressão ao abuso do poder econômico. Em seguida, o parágrafo único do mesmo artigo afirma ser a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei. Mais do que isso. Define entre as infrações à ordem concorrencial a criação de dificuldade à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento não só do concorrente, mas, também, de qualquer fornecedor (art. 21, inc. V). Não parece haver dúvida, portanto, sobre a aplicabilidade do direito antitruste aos oligopsônios ou monopsônios que fazem uso de seu poder para diminuir abusivamente os preços abaixo de seu custo marginal, mesmo quando não possam eles afetar os interesses do consumidor final – ou porque são eles mesmos consumidores finais, ou porque não têm eles poder na ponta vendedora.” (SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial*: as estruturas, op. cit., p. 147-148).

Mobilidade dos fatores pressupõe autocorreção do mercado. Ou seja, há a presunção de serem os fatores de produção dotados de razoável mobilidade, de sorte a promover a acomodação do mercado, com base num mecanismo de preço que tenderia ao equilíbrio, pelo fato das ações individuais, pautadas no hedonismo, atraírem o mercado para uma situação de controle. Essa autocorreção do mercado, no entanto, nem sempre é realizável, em razão de inúmeros fatores externos ou internos que impedem a acomodação automática do mercado. Nusdeo assinala que o tema prosperidade e depressão ocupou um grande número de economistas, os quais, cada um a seu modo, sugeriram medidas, em última análise, governamentais, para, se não eliminá-las, pelo menos lhes reduzir sua amplitude<sup>93</sup>. Essa anotação é de extrema importância para que se possa compreender a importância da atuação do Estado na economia, mesmo em questões aparentemente completamente distantes do direito, como se verificou na mobilidade dos fatores, pois se o Estado não pode eliminar cenários de depressão, pode, ao menos, reduzir sua amplitude.

Quanto ao acesso às informações relevantes, há determinadas informações que podem alertar para uma mudança de cenário econômico, como elevação de preços, falta de matéria-prima, entre outras, que, por serem relevantes para o

---

<sup>93</sup> Fábio Nusdeo exemplifica a mobilidade dos fatores com a produção de café: “Altos preços do café podem levar – e normalmente levam – à plantação de extensos cafezais em terras favoráveis a este cultivo. No entanto, cada cafezal para entrar em fase de produção comercial leva cerca de quatro ou cinco anos e, quando isto acontece, é muito possível verificar-se uma pletora do produto, ou seja, uma superprodução a abarrotar os mercados, provocando uma baixa de preços. Mas, mesmo não havendo superprodução, poderá ter ocorrido no meio tempo entre o plantio e as primeiras colheitas, uma recessão nos países consumidores, levando a uma queda da procura, o que vem a dar no mesmo: acumulam-se estoques invendáveis, os cafeicultores se arruinam, o desemprego cresce. Além do mais, o café é uma cultura permanente e, seja qual for o preço, a cada ano ele produz uma nova safra – um ano maior, outro ano menor –, mas sempre novas quantidades periodicamente se adicionam ao estoque, deprimindo ainda mais os preços.” (NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, op. cit., p. 140-143).

mercado, uma vez que certos agentes econômicos não tenham acesso a elas, pode-se criar uma situação de desigualdade, gerando um desequilíbrio no mercado.<sup>94</sup>

As externalidades correspondem a custos e benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado não consegue imputar um preço. Desse modo, o nome externalidade não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas. As externalidades podem ser positivas ou negativas. No primeiro caso, uma fábrica instalada numa região de baixo nível de instrução da comunidade poderá promover programas de capacitação de recursos humanos. Referida fábrica estará contribuindo para a melhora do nível geral de conhecimentos daquela cidade, pois os trabalhadores mais preparados poderão se tornar coordenadores de programas municipais ou mesmo ir trabalhar em outras fábricas que venham a ali se instalar posteriormente, beneficiando-se, eles e a comunidade, do investimento em instrução realizado pela primeira. No segundo caso, imagine-se uma lavanderia que estenda a roupa lavada em um gramado, a fim de secá-la ao sol. Após algum tempo, uma usina metalúrgica instala-se nas vizinhanças e de sua chaminé é expelida fumaça preta, cujas partículas de fuligem se depositarão sobre a roupa estendida. Haverá aí um custo adicional para a

---

<sup>94</sup> Assim exemplifica Fábio Nusdeo: “Muito embora num dado momento o suprimento de café pudesse estar em seu nível ou até acima, a notícia de uma geada numa grande região produtora determinaria, muito provavelmente, uma alta de seus preços ante a perspectiva de escassez na próxima safra. Será possível, porém, que logo num primeiro momento esta notícia não se dissemine e apenas alguns poucos a tenham. Estes, hedonisticamente, expandirão as suas compras do produto para se locupletarem com a futura alta, à custa dos demais que, inadvertidamente, se desfizeram do mesmo.” (NUSDEO, Fábio, *Curso de economia*: introdução ao direito econômico, op. cit., p. 143-144).

lavanderia, imposto pela usina, uma vez que terá que enxaguar a roupa, ou construir um abrigo para ela.<sup>95</sup>

A respeito de bens coletivos, Fábio Nusdeo assinala que “os bens coletivos são aqueles aptos ao atendimento simultâneo das necessidades de um grupo ou coletividade para os quais não vigora o princípio da exclusão no ato de seu uso ou de seu consumo”. O autor conclui ser o bem coletivo aquele dotado apenas de externalidades e produzido para tal fim. É o caso de praças, parques e outros bens tipicamente coletivos. A estrada, por exemplo, reduz os custos do transporte na região por ela atravessada. Por essa razão, a falha do mercado, no caso dos bens coletivos, é do mesmo tipo da verificada no caso das externalidades: falta de sinal decorrente da ausência de incentivo na manifestação desse tipo de necessidade, a qual ocorre ou deve ocorrer não pelos canais de mercado, mas pelos canais da representação política, mediante a escolha de legisladores e governantes, cujos programas contemplem o fornecimento deste ou daquele conjunto de bens coletivos, conforme a preferência dos eleitores.<sup>96</sup>

Concentração econômica se trata de uma falha de mercado que se distancia do conceito de concorrência perfeita, na medida que exclui a estrutura de mercado atomizado, ou seja, composto por um número elevado de compradores e vendedores, em que todos ocupam posições semelhantes, em termos de competitividade. A concentração econômica é a falha de mercado que mais interessa, por vir disciplinada na Lei n. 8.884/94, legislação objeto deste estudo.

---

<sup>95</sup> NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, op. cit., p. 152-155.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 161-162.

## 4.6 Como neutralizar as falhas do mercado

A intervenção do Estado na economia é de grande importância para neutralizar as falhas do mercado ou, ao menos, para atenuar suas conseqüências. Diversas são as medidas que podem ser adotadas pelo Estado para melhor organizar o mercado, seja através de estímulo a determinados setores, que se traduzem em normas extravagantes que regulam subsídios, financiamentos, juros especiais e tantas outras medidas da espécie; ou através de ações governamentais corretivas, que se verificam em normas e regulamentos. A legislação antitruste é um dos instrumentos de que se vale o Estado para neutralizar a falha do mercado, no caso de concentração econômica. No capítulo sobre legislação antitruste brasileira, serão verificados os efeitos das concentrações econômicas sobre o mercado e a forma pela qual o Estado atua para reprimir ou minimizar eventuais efeitos negativos decorrentes de um ato de concentração.

Note-se que a presença do Poder Público na economia não tem apenas por objetivo a correção das falhas do mercado. O Estado intervém na economia fundamentalmente para satisfazer às preferências políticas, no que se refere ao desempenho do sistema econômico, de sorte a direcionar a economia em função de fins específicos<sup>97</sup>. É nesse contexto que se revela o emprego da legislação antitruste na ordem econômica nacional. O assunto será analisado de forma mais detida no capítulo destinado à legislação antitruste e ao modelo econômico nacional.

---

<sup>97</sup> Paula Forgioni adverte que “o antitruste já não pode ser visto apenas como um arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis, criados pelo próprio mercado, mas ao contrário, deve ser encarado como um instrumento de implementação de políticas públicas” (FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 24).



## **5 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Inúmeros são os fatores econômicos que atingem a sociedade e influenciam o curso do desenvolvimento econômico de uma nação. O direito antitruste se tornou instrumento de grande importância para o Estado organizar o mercado nos moldes estabelecidos pela ordem econômica nacional, pois, através de suas normas e princípios, orienta e controla as condutas dos agentes econômicos.

Para que a Lei n. 8.884/94, principal diploma legal que regula a concorrência, seja dotada de eficácia na tarefa que lhe compete, é necessário prever mecanismos aptos a corrigir, combater e reprimir os abusos contra a ordem econômica. Nesse sentido, depreende-se a importância do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que atua à luz desse diploma legal.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ambos vinculados ao Ministério da Justiça. A atuação dos órgãos do sistema é de três tipos: a) preventiva, através do controle de estruturas de mercado, por meio de apreciação dos atos de concentração; b) repressiva, pelo controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais; c) educacional, pela divulgação e disseminação da cultura da concorrência, levando ao conhecimento do público os objetivos e fins do Sistema

Brasileiro de Defesa da Concorrência, demonstrando a importância da atuação empresarial responsável e consolidando as regras antitruste perante a sociedade.

## **5.1 Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)**

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pela Medida Provisória n. 813, de janeiro de 1995. É o principal órgão do Poder Executivo responsável pelo acompanhamento dos preços na economia, auxilia decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como na apreciação de atos de concentração entre empresas e na repressão de condutas anticoncorrenciais. É um órgão de estudo e acompanhamento de mercados, que busca identificar condutas dos agentes econômicos que, de alguma forma, interfiram no normal andamento da atividade econômica. Nesse sentido, a SEAE é de muita importância no aconselhamento de questões econômicas e elaboração de pareceres técnicos, quando solicitada pela SDE e CADE, podendo auxiliar na instrução dos processos administrativos e nas decisões proferidas pelo CADE. Esses pareceres não são vinculantes à SDE ou ao CADE, de modo que estes não estão adstritos aos termos e conclusões lançados nos pareceres apresentados.

A SEAE contempla uma grande diversidade de assuntos no que se refere ao acompanhamento de mercados, concentrando-se em quatro grandes áreas: (i) negociações internacionais (fóruns negociadores de alteração tarifária e acesso a mercados, por exemplo, OMC e Mercosul); (ii) defesa comercial (análise, sob a ótica

da defesa da concorrência, do impacto de medidas *antidumping* e salvaguardas sobre o bem-estar do consumidor); (iii) acompanhamento de preços (coleta de informações e análise de impacto sobre os principais índices nacionais); e (iv) identificação e monitoramento de mercados disfuncionais (setores sujeitos a barreiras concorrenciais, como proteção tarifária, direitos *antidumping*, barreiras técnicas ou regulatórias, dentre outras).

## **5.2 Secretaria de Direito Econômico (SDE)**

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) foi criada pela Medida Provisória n. 204/90, convertida na Lei n. 8.158/91, sob a denominação de Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE); com o advento da Lei n. 8.884/94, a SNDE passou a chamar-se Secretaria de Direito Econômico. A SDE é vinculada ao Ministério da Justiça e é dirigida pelo Secretário de Direito Econômico, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico, ilibada reputação, e é nomeado pelo Presidente da República.

A competência da Secretaria de Direito Econômico vem disciplinada no artigo 14 e incisos da Lei n. 8.884/94, competindo-lhe: zelar pelo cumprimento da lei; monitorar e acompanhar as práticas de mercado; acompanhar as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica; proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, averiguações preliminares para instauração de processo administrativo; decidir pela

insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares; requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou provadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias aos exercício das suas funções; instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica; recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou processo administrativo; remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao CADE e fiscalizar o seu cumprimento; sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento; adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE; orientar os órgãos da Administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da lei; desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão; exercer outras atribuições previstas em lei.

A Secretaria de Direito Econômico subdivide-se em dois departamentos: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). O DPDC, como a própria denominação já

leva a entender, trata de assuntos voltados à Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, competindo ao DPDE a análise das questões de defesa da concorrência, nos termos da Lei n. 8.884/94.

### **5.3 Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE)**

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), criado pela Lei n. 4.137/962 e vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, foi instituído com o objetivo de eliminar os abusos de poder econômico; foi transformado em autarquia federal pela Lei n. 8.884/94. Órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. O CADE é composto por um presidente e seis conselheiros, cujas competências e atribuições estão elencadas na Lei 8.884/94.

Cumprido ao CADE decidir, na esfera administrativa, matéria de defesa da concorrência, nos termos da Lei n. 8.884/94, julgando atos de concentração, processos de conduta e manifestando-se acerca de consultas. Deverão ser submetidos à sua apreciação os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

A competência do CADE para julgamento das infrações contra a ordem econômica, na esfera administrativa, justifica-se pela especificidade da matéria, que exige conhecimentos profundos não só de direito, mas também de economia e

mercado e, sobretudo, pelo caráter político-econômico de suas decisões. A atuação do CADE não teria relevância no cenário econômico se suas decisões não estivessem amparadas em sanções administrativas, nas hipóteses de infração à ordem econômica. Para tanto, o artigo 23 da lei antitruste arrola as penas que podem ser aplicadas no caso de infração à ordem econômica. Vejamos algumas das penalidades que podem ser impostas pelo CADE:

Aplicação de multa a empresa pela prática de infração da ordem econômica, podendo variar entre 1 e 30% do valor do faturamento bruto em seu último exercício, excluídos os impostos; multa direcionada ao administrador, responsável direta ou indiretamente pela prática de infração à ordem econômica, de 10% a 50% do valor da multa que seria aplicável à empresa; aplicação de multa em dobro, se a empresa ou o administrador, direta ou indiretamente, cometer infração contra a ordem econômica, na hipótese de reincidência; aplicação cumulada ou isolada de multa ao administrador e à empresa, dependendo do interesse público geral e da gravidade dos fatos; publicação em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; proibição de celebrar contratos com instituições financeiras oficiais e participar de licitações que tenham por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos no âmbito da Administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; recomendação aos órgãos públicos para não conceder licença de patentes de titularidade do infrator; cancelar o incentivo fiscal e subsídio público concedido ao infrator; negar o parcelamento de

tributos federais devidos. Para eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, a autoridade competente providenciará a cisão de sociedades, a transferência de controle acionário, a venda de ativos e a cessação parcial de atividade.

O artigo 50 da Lei n. 8.884/94 dispõe que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, devendo ser promovida imediatamente sua execução. A redação do presente artigo, no entanto, não exclui a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Mais adiante, ver-se-á que a legislação antitruste pode ser mais um instrumento a favor do Estado, na efetivação de seu modelo econômico, e, nesse contexto, a atuação das autoridades antitruste é fundamental ao alcance dos fins lançados na Constituição econômica.

## **6 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA**

A Lei n. 8.884/94 é o principal diploma que trata da defesa da concorrência, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Essa lei disciplina a atuação dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, identifica as pessoas que estão sujeitas aos ditames da lei, elenca as infrações contra a ordem econômica e as respectivas penas cabíveis, dispõe sobre a prescrição das infrações da ordem econômica, do direito de ação, da instauração e instrução do processo administrativo, do julgamento do processo Administrativo pelo CADE, das medidas preventivas e da ordem de cessão, do compromisso de cessação, das formas de controle, do compromisso de desempenho, da execução judicial das decisões do CADE e, finalmente, da intervenção judicial.

No capítulo anterior, estudou-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, discorreu-se sobre os três órgãos integrante do sistema e identificamos a forma de atuação desses órgãos, que se subdivide em preventiva, repressiva e educacional. Agora, deve-se examinar mais detidamente a forma pela qual se realizam os controles de condutas empresariais que possam ser nocivas à livre concorrência e o modo pelo qual o Estado combate as práticas e os atos que possam infringir a ordem econômica nacional.



## 6.1 Abuso do poder econômico e posição dominante

O abuso do poder econômico é conduta repelida pela ordem-econômica por ser ameaçadora à livre concorrência e restringir a entrada de novos agentes econômicos no mercado. No direito brasileiro, a repressão ao abuso do poder econômico vem inscrita na Lei n. 8.884/94.

O abuso do poder econômico ocorre sempre que uma empresa se vale de seu poder econômico para prejudicar a concorrência, seja eliminando concorrentes, restringindo a entrada de agentes econômicos, ou atuando de forma a inibir o bom funcionamento do mercado<sup>98</sup>. Em síntese, pode-se afirmar que o abuso do poder econômico se verifica sempre que uma empresa faz uso indevido de seu poder econômico no mercado<sup>99</sup>. Observa-se que a legislação brasileira optou por um termo genérico e elástico para se referir às condutas econômicas abusivas, e isso se deve à impossibilidade de arrolar todas as práticas concorrenciais tidas como abusivas. Certamente, um rol taxativo das condutas de abuso do poder econômico não

---

<sup>98</sup> A respeito da manifestação do abuso do poder econômico, Guilherme Guimarães assinala que “quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto” (MAGALHÃES, Guilherme A Canedo de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975. p. 16).

<sup>99</sup> Paula Forgioni escreve que “no caso do abuso poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. (ou seja, todos os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito com a utilização do poder econômico, sendo mesmo a expressão e exercício desses direitos a que nos referimos. No momento em que há abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. O sujeito passa a fazer um uso ‘anormal’, ‘reprovável’, ‘ilegítimo’, ‘imoral’ desses seu direitos, ou seja, ‘excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’.” (FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 323).

alcançaria todas as práticas ilícitas e restringiria a atuação das autoridades antitruste.

A identificação do abuso do poder econômico nem sempre é de fácil apreensão, e a linha divisória entre a atuação lícita e ilícita de uma empresa pode se apresentar de forma muito tênue. A título exemplificativo anotamos o caso do Shopping Iguatemi de São Paulo. Em 1998, a empreendedora do Shopping Jardim Sul apresentou representação perante a Secretaria de Direito Econômico contra o Shopping Center Iguatemi, ambos localizados em São Paulo. O Jardim Sul acusou o Iguatemi de adoção de conduta contrária à ordem econômica, ao inserir nos contratos de locação, de parte das lojas situadas no *shopping*, cláusula proibindo o locatário de se instalar no Shopping Center Jardim Sul, configurando essa prática infração à ordem econômica, nos termos dos artigos 20 e 21, incisos V e VI da Lei n. 8.884/94. Ao final do processo administrativo, o CADE julgou a cláusula ilegal e proibiu o Shopping Iguatemi de exigir exclusividade dos lojistas.

A posição dominante, ao contrário do que ocorre com o abuso do poder econômico, não é repelida pela legislação antitruste, sendo amparada pelo sistema concorrencial, nos termos do artigo 20, parágrafo 1º da Lei n. 8.884/94 – “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”, sendo o inciso II “dominar mercado relevante de bens e serviços”. Afinal, de que valeria o direito à livre iniciativa e à livre concorrência se uma empresa que conquista posição dominante no mercado, por atuar com maior eficiência que

seus concorrentes, viesse a sofrer intervenção do Estado pelo simples fato de atuar com mais eficiência e dentro dos limites legais?

Essa diferenciação entre abuso do poder econômico e posição dominante é importante para não se incorrer no erro de apontar como empresa infratora da ordem econômica nacional aquela que detém posição dominante, em razão de sua atuação mais eficiente em relação aos seus concorrentes. Verifica-se portanto que, no Brasil, o poder econômico e a posição dominante não são repelidos pelo sistema concorrencial, mas sim o seu abuso.

Já que a posição dominante não é repelida pela legislação brasileira, qual a importância de sua conceituação, e como identificá-la?

Como vimos, a posição dominante não é repelida pelo sistema concorrencial, mas a forma pela qual ela foi conquistada ou vem sendo mantida, nos casos em que as empresas já detêm posição dominante, pode vir a ser investigada pelo Estado. Isso porque as empresas podem utilizar meios ilícitos para conquistar a tão desejada posição dominante, ou dela se utilizarem para prejudicar o mercado. Por essa razão, o Estado cuida de forma mais detida dos atos das empresas que ocupam posição dominante, visando garantir a livre concorrência. Nos termos do artigo 20, parágrafo 2º da Lei n. 8.884/94, “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou

tecnologia” e a posição dominante é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante.

Importante esclarecer que a Lei n. 8.884/94, ao conceituar a posição dominante e quantificar percentualmente o que se poderia entender como posição dominante, o faz na forma de presunção, permitindo interpretações diversas da prevista, desde que devidamente fundamentadas. Afinal, a presunção admite prova em contrário. A interpretação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 20 levam a visualizar, no quesito posição dominante, o caráter flexível da legislação antitruste. Nesse sentido, anota-se o seguinte julgado sobre poder de mercado: “O simples fato de uma empresa ser a única produtora nacional não lhe confere poder de mercado se este é, em sua maior parte, suprido por importações.”<sup>100</sup>

A elasticidade da legislação antitruste pode gerar uma certa dificuldade na identificação da posição dominante de um agente econômico, em um determinado mercado relevante, de modo que sua identificação nem sempre é de fácil assimilação. É possível, por exemplo, que uma empresa venha a ocupar temporariamente posição dominante, pelo fato de seu concorrente ter sofrido problemas técnicos e ter se retirado provisoriamente do mercado. Nesse caso, a posição dominante não pode ser considerada, pois se está diante de um fato temporário, com previsão de término, e que, por seu caráter temporal e previsível, não acarreta danos ao sistema concorrencial.

---

<sup>100</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 1.012.

As conseqüências dessa conclusão são de muita importância, pois pode-se imaginar que a empresa detentora temporariamente de posição relevante venha a adquirir uma empresa e aumentar seu poder no mercado. Certamente, esse ato de concentração será submetido às autoridades antitruste e, caso elas entendam que a empresa adquirente já tenha um alto poder de concentração no mercado, em razão do fato extemporâneo que sucedeu, a aquisição pode não ser aprovada. Por essa razão, é essencial, quando da submissão de um ato de concentração ao CADE, relatar e instruir os fatos sobre a situação atual e as circunstâncias futuras que se relacionam à empresa.

O mesmo se verifica com a questão da tecnologia. Hoje uma empresa pode ocupar posição relevante no mercado, por deter a tecnologia que nenhum outro concorrente detém, mas essa posição é instável, na medida que a detenção da tecnologia não pode ser controlada perpetuamente por ninguém, e nada impede que uma empresa desenvolva tecnologia ainda mais avançada que a da empresa que ocupava posição relevante. Enfim, diversos são os fatores que devem ser avaliados, quando se busca identificar se uma empresa ocupa posição dominante no mercado, pois é a sucessão dos atos presentes e dos potenciais que indicará se a empresa ocupa ou não posição relevante no mercado.

A mesma conduta praticada por empresa detentora de posição dominante e por empresa que não ocupa posição dominante repercutirá de forma diversa no cenário concorrencial. É possível que a conduta praticada por empresa detentora de posição dominante possa ensejar ilícito antitruste, ao passo que a mesma conduta praticada por empresa não detentora de posição dominante poderia ensejar apenas

uma quebra contratual, sem repercussão no direito antitruste. Nesse sentido, anota-se a seguinte decisão: “Ainda quando irregular a conduta da empresa, cuida-se de infração impossível quando aquela, embora aumentando excessivamente os preços, não seja titular de posição dominante.”<sup>101</sup>

## 6.2 Infrações contra a ordem econômica

No artigo 21 da Lei n. 8.884/94, consta um rol exemplificativo de condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica. Essas condutas abusivas podem ser classificadas de diversas maneiras. Quanto ao sujeito da conduta ilícita, pode se tratar de uma única empresa agindo de forma abusiva no mercado ou de várias empresas que passam a cooperar entre si para prejudicar a concorrência e, assim, obter melhores resultados.

As práticas restritivas horizontais ocorrem entre concorrentes que deveriam concorrer no mercado, e não cooperar entre si. Assim o cartel, que consiste num acordo entre concorrentes com o objetivo de aumentar seus lucros, é uma prática restritiva horizontal. Nesse sentido é que as empresas Estaleiro Ilha Sociedade Anônima (EISA) e Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. sofreram processo administrativo pelas autoridades antitruste, que lhes aplicaram multa no valor de 1% do faturamento bruto, por ter havido um ajuste de garantias e vantagens, com reflexos na fixação do preço, para fazer face a uma concorrência pública.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 410.

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 472-476.

As práticas restritivas verticais ocorrem na cadeia produtiva entre fornecedores, produtores, atacadistas, varejistas e, ao final, o consumidor. As práticas restritivas verticais podem tanto ter efeitos anticompetitivos, como o que se verifica quando os acordos implicam na criação de mecanismos de exclusão dos concorrentes, assim como benéficos, como é o caso, por exemplo, da redução de custos de transação e a geração de economia de escala.

Fixação de preço de revenda, restrições territoriais, acordos de exclusividade, recusa de negociação, discriminação de preços e venda casada são exemplos de práticas restritivas verticais que podem acarretar efeitos anticompetitivos. Nesse sentido, ilícita é a cláusula contratual que exige a fixação de preço do produto concorrente em patamar mais elevado do que aquele estabelecido para o produto do outro. Impõe-se a solução, ainda que o acordo reflita estratégia de ingresso do produto concorrente; de outro lado, a imposição de quantidades mínimas de venda não configura prática lesiva por si só, podendo ser justificada por razões econômicas. Os custos associados às vendas em pequenas quantidades podem inviabilizar a montagem de uma estratégia de comercialização aos pequenos adquirentes, além de gerar ineficiência econômica, danosa para o conjunto da sociedade; os contratos de adesão, embora possam significar restrição excessiva à liberdade individual ou, dependendo das condições de mercado, restrição à concorrência, dão ensejo a eficiência na gestão administrativa das empresas e a redução dos custos de transação, que não podem ser desprezadas. Assim, a limitação à concorrência ou à livre iniciativa decorrentes do abuso do poder econômico apenas é possível quando a empresa disponha de tal poder de mercado

e sua prática seja capaz de limitar o próprio jogo concorrencial<sup>103</sup>; discriminação de condições comerciais entre compradores não pode ser considerada de imediato uma infração da ordem econômica, sendo necessária para essa caracterização que estejam presentes os pressupostos do artigo 20 da Lei n. 8.884/94.<sup>104</sup>

Restrições impostas por empresas fornecedoras às distribuidoras, onde se incluem a exclusividade comercial e a discriminação de preços por quantidade, não se constituem em infração da ordem econômica. Essas restrições, em geral, definem critérios de desempenho para a empresa e os distribuidores, de forma a otimizar e integrar esforços, além de serem fundamentais na definição das estratégias do produtor no seu mercado de atuação, tendo em vista os concorrentes<sup>105</sup>; a recusa injustificada de negociação com clientes, fornecedores ou distribuidores é ilícita, pois referido ato pode gerar efeitos anticompetitivos. A recusa justificada, no entanto, é permitida, pois ninguém está obrigado a manter relações comerciais com aqueles que agem de má-fé, prejudicam seus parceiros comerciais, tornam-se inadimplentes ou adotem quaisquer outras condutas lesivas ao mercado. Há que se atentar quanto à competência para julgar referidos casos pois, dependendo do alcance dessa

---

<sup>103</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 521, 522, 370 e 374.

<sup>104</sup> “De fato, a diferenciação das condições comerciais entre clientes é resultado da concorrência, e não uma forma de burlá-la. Diferença nos volumes adquiridos dão maior poder de barganha para uns clientes em relação a outros. Diferentes capacidades de pagamento entre clientes dão mais ou menos confiança ao fornecedor na abertura de linhas de crédito e estabelecimento das condições de pagamento. Um maior tempo de relacionamento comercial também dá mais confiança ao vendedor. O fornecedor freqüentemente estabelece preços distintos entre clientes de setores diferentes para viabilizar suas vendas em segmentos mais competitivos. Os autos não demonstram de que maneira a alegada discriminação se constituiria em infração prevista no artigo 20 da Lei n. 8.884/94.” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, op. cit., p. 436).

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 1.298.



conduta anticoncorrencial, foge-se dos limites de atuação do CADE, cumprindo ao Judiciário o julgamento da demanda.<sup>106</sup>

A venda casada é prática repelida pela legislação antitruste, eis que subordina a venda de um bem ou serviço à aquisição conjunta de outros bens e serviços, não sendo permitido ao comprador a aquisição isolada destes ou daqueles bens. Não se pode, contudo, qualificar como venda casada toda sorte de promoções lançadas pelas empresas aos seus clientes, por envolver a aquisição de bens ou serviços diversos pelo preço de um. É o que decidiu as autoridades antitruste: “Simple prática de *marketing* promocional de concessão de brinde na compra de um produto não constitui venda casada.”<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Sobre o tema, anotamos as seguintes decisões: “I - O mero rompimento de relações comerciais foge à esfera de competência do CADE, eis que não tem como objeto uma lesão ao princípio constitucional da livre concorrência, cabendo ao Poder Judiciário dirimir a eventual controvérsia patrimonial. Impõe-se a solução quando a rescisão, fundada em critérios de desinteresse e eficiência, não implique em desabastecimento do mercado, ao par que acirre a concorrência intramarca, em benefício do consumidor. II - A recusa de fornecimento não é ilegal *per se*, sujeitando-se a uma avaliação racional, do ponto de vista legal e econômico, sobre a razoabilidade da motivação. A recusa de fornecimento de um bem ou serviço somente é ilegal quando a restrição produza efeitos adversos à concorrência. Assim, é ela admissível, por exemplo, quando cliente seja mau pagador ou de má reputação e essas circunstâncias, objetivamente estabelecidas, se revelem elemento relevante para o negócio. A recusa pode se dar também por escassez de estoque ou perturbação na produção. III - A recusa de venda acarreta preocupação do ponto de vista concorrencial quando, por exemplo: a) seja forma de persuadir um distribuidor a manter preços de revenda ou operar um sistema seletivo de distribuição, b) represente expediente para eliminar ou limitar a competição intermarca, c) tenha o efeito de forçar um cliente a comprar outro produto do fornecedor e não de concorrente ou d) o fornecedor possa estar planejando entrar no mercado do cliente (competidor) e alavancar ou fortalecer o seu poder de mercado.” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Direito da concorrência: case law*, op. cit., p. 1.248-1.249 e 1.301).

<sup>107</sup> “Cuida-se de suposta prática de concorrência desleal, combinada com venda casada, tendo como representante o Sindicato das Empresas de Conservação de Veículos, Lava-rápidos e Similares do Estado de São Paulo e como representada os Postos de Combustíveis do Estado de São Paulo, que estariam concedendo gratuitamente lavagem dos veículos condicionada à compra de combustível, de quantidade previamente estipulada. O Sindicato alegou que os lava-rápidos vinham sofrendo sérios prejuízos com a drástica queda de serviços, levando muitas empresas especializadas no ramo a encerrarem suas atividades, ensejando a prática de abuso do poder econômico pelos postos de combustíveis. O conselheiro relator Paulo Dyrceu Pinheiro, em seu voto, não vislumbrou a possibilidade de enquadramento da conduta no disposto no artigo 21, inciso XXIII, da Lei n. 8.884/94 (venda casada), tendo em vista que inexistente condicionamento da prestação do serviço de lavagem à venda de combustível, ou vice-versa. Afirma no presente caso, a não-obrigatoriedade, de sorte que o consumidor recebe a lavagem caso queira, como uma prestação de serviços que um posto de gasolina possa oferecer. Trata-se apenas de técnica de *marketing* para aumento de vendas e uma forma de diferenciar o tratamento ao consumidor, naturais ao mercado de livre concorrência. Desse modo, não verificou qualquer infração contra a ordem econômica.” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, op. cit., p. 1.325-1.326).

### 6.3 Controle das concentrações econômicas

Não se pretende neste presente item esgotar o tema atos de concentração econômica, matéria que por si só já é bastante ampla e pode ser objeto único de dissertação, no entanto, fazer algumas anotações sobre o assunto é certamente imprescindível para a correta apreensão do direito antitruste.

Quando se fala em concentração econômica, logo vem à mente a formação de monopólios ou oligopólios e, por conseguinte, o receio de dominação de mercados e o fim da concorrência. Essa preocupação é factível, mas não em relação ao monopólio ou oligopólio em si, porém, aos efeitos que essas concentrações podem acarretar ao sistema concorrencial. Nesse sentido, Viscusi anota que a principal preocupação com monopólios e espécies similares de concentração não diz respeito às dimensões que essa empresa possa vir a ter, mas aos possíveis reflexos que essa concentração pode gerar, tais como perda de eficiência econômica, qualidade e diversidade do produto e, principalmente, se a formação desse monopólio vier a constituir uma barreira à entrada de novos competidores.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> W. Kip Viscusi et al. anotam que *“the major concerns with monopoly and similar kinds of concentration are not that being big is necessarily undesirable. However, because of the control over the price exerted by a monopoly there are economic efficiency losses to society. Product quality and diversity may also be effected. Society could potentially be better off if limitations were imposed on the operation of a monopoly or a similar kind of concentrated industry. Recent research has greatly changed how we think about monopolies. For example, one major consideration is not simply how big a firm currently is and what its current market influence is, but rather the extent to which there is a possible entry from a competitor. If firms fear the prospect of such entry, which has been characterized through the theory of contestable markets, then the behavior of a monopolist will be influenced in a manner that will promote more responsible behavior”* (VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. London: The MIT Press, 1998. p. 5).

A Lei n. 8.884/94 aponta preocupação com os atos que levem à dominação de mercados e, por consequência, possam fragilizar ou inviabilizar a concorrência. Por essa razão, as concentrações sofrem controle pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos do parágrafo 3º do artigo 54 dessa lei, ao disciplinar que o CADE apreciará os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Especifica que os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a quatrocentos milhões de reais, inserem-se nas hipóteses de limitação, prejuízos à livre concorrência ou dominação de mercados e, portanto, devem ser submetidos ao sistema de defesa da concorrência.

Nota-se o caráter preventivo do texto do parágrafo 3º artigo 54 da Lei n. 8.884/94, ao disciplinar a obrigatoriedade de submissão ao CADE dos atos de concentração, não cabendo aos agentes econômicos qualquer juízo de valor quanto aos seus próprios atos de concentração, devendo portanto sempre, desde que esteja enquadrado na redação final do parágrafo 3º da legislação antitruste, submeter seus atos de concentração ao sistema brasileiro de defesa da concorrência. No capítulo destinado à relação entre o direito antitruste e o direito societário, estudaram-se as diversas formas de associação entre empresas que

podem ensejar um ato de concentração, devendo ser submetidas às autoridades antitruste, nas hipóteses previstas em lei.<sup>109</sup>

As concentrações classificam-se em horizontais, verticais e conglomeradas. As concentrações horizontais pressupõem a associação de empresas que concorrem no mesmo mercado relevante, ofertando os mesmos produtos ou serviços. É flagrante a potencial ameaça representada pelas concentrações horizontais para a ordem econômica, no entanto a preocupação reside na dimensão da concentração no mercado relevante, sendo necessário determinar o nível de concentração a partir do qual é necessário o controle, para que o Estado não atue de forma incondicionada às concentrações que não oferecem qualquer risco ao mercado. Nesse sentido, a Lei n. 8.884/94 determina os parâmetros dos atos de concentração que serão submetidos à apreciação das autoridades antitruste.

As concentrações verticais incidem em empresas que guardam uma relação entre clientes e fornecedores. Ou seja, operam entre empresas que atuam em diferentes níveis da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador, vendedor ou prestador de serviço.

---

<sup>109</sup> Para Nuno T. P. Carvalho “concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial – quer este controle seja exercido efetivamente ou não” (CARVALHO, Nuno T. P., *As concentrações de empresas no direito antitruste*, op. cit., p. 91-92). Calixto Salomão Filho anota que “para que ocorra uma concentração econômica, fundamental é que se trate de uma operação que implique mudanças duradouras na estrutura das empresas envolvidas. É necessário ainda que a mudança estrutural torne possível presumir que essas empresas atuarão como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações econômicas por elas realizadas” (SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 268-269).

Quanto aos conglomerados, sua formação se revela na associação ou participação entre empresas que se dedicam a atividades não concorrentes ou que não se encontrem na posição fornecedor/cliente<sup>110</sup>. Paula A. Forgioni assim comenta:

“Embora muitas vezes se diga que a concentração conglomerada não implica maiores impactos diretos sobre a concorrência, a questão poderá assumir contornos diversos se considerarmos a concorrência potencial entre os agentes econômicos. Com efeito, em teoria, a concentração pode implicar limitação à concorrência se houver a aquisição de um agente econômico por outro que desenvolva suas atividades em mercado relevante diverso, sendo seu concorrente potencial”.<sup>111</sup>

Apenas para ilustrar a complexidade que envolve a análise de atos de concentração, cita-se o caso de associação existente entre as empresas áreas. Essas associações geralmente oferecem uma série de benefícios e vantagens aos passageiros, como a possibilidade de acumulação de milhas, mesmo voando por outra companhia aérea que não aquela à qual é associado. Por outro lado, as

---

<sup>110</sup> Washington Peluso adverte que “com a chamada ‘economia de escala’, ‘economia de massa’, ‘economia de consumo’, novos expedientes se aperfeiçoaram. Passaram a projetar a economia em âmbito social, mais amplo do que o da empresa unitária. Empresas aplicadas a ramos inteiramente diferentes entre si, como frigoríficos, mineração, siderurgia e tecidos, por exemplo, aliam-se, integrando-se com bancos, sociedades financeiras, empresas de propaganda, supermercados, sociedades de importação e de exportação, e o que mais se possa imaginar. Formam uma espécie de ‘mundo econômico próprio’, *sui generis*, que praticamente acaba por absorver as atividades de todas elas, ou por conduzi-las a pontos finais de atividades que carregam os resultados das transações em benefício de cada uma das componentes desse todo. São os ‘conglomerados’, grandemente atuantes e muito freqüentes” (SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de direito econômico*, op. cit., p. 241).

<sup>111</sup> FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 469. A autora explica que para entender a questão das concentrações entre concorrentes potenciais, deve-se considerar dois aspectos distintos. Em alguns casos, o agente econômico poderá ser influenciado do outro agente, ainda que não atuem no mesmo mercado relevante. Trata-se da concorrência potencial percebida. Nessa hipótese, se o comportamento do agente econômico que atua no mercado for influenciado pela possibilidade de entrada do outro (ou seja, se a existência do outro limitar a “independência” e “indiferença” do agente considerado), a aquisição poderá causar prejuízos “à concorrência”. De outra parte, pode ser que o agente econômico que já atua no mercado não seja influenciado pelo outro externo, sendo que essa influência somente ocorreria se houvesse a efetiva entrada no mercado. Neste caso, fala-se de *actual potential entry*. Entende-se, assim, que a operação de concentração somente prejudicará a concorrência se houver provas inequívocas no sentido de que o agente econômico externo iria instalar-se no mercado, caso não fosse adquirido pelo outro. Pondere-se, ainda, que a aquisição do potencial entrante não causará prejuízos à concorrência, se a significativa concorrência potencial continuar a ser oferecida por outros agentes econômicos (Ibidem, mesma página).

empresas que fazem parte dessa associação sofrem algumas perdas como, por exemplo, a prática de preços semelhantes aos de seus associados, independentemente de sua possibilidade em oferecer preços mais competitivos e vantajosos para seus passageiros. Esses atos de associações são submetidos à apreciação das autoridades antitruste competentes, e geralmente as aprovações são concedidas mediante um rol de compromissos a serem cumpridos pelos associados, implicando não apenas ganhos para seus membros, mas também perdas. Os compromissos definidos buscam promover um equilíbrio no mercado relevante no qual as empresas associadas estão inseridas, evitando que as associações resultem em perdas e prejuízos para os demais concorrentes que não compõem a aliança.

A título exemplificativo, o acordo de cooperação entre duas empresas européias. Em dezembro de 1999, a Austrian Airlines e a Deutsche Lufthansa notificaram um acordo de cooperação à Comissão Européia – Direção Geral da Concorrência. Em outubro de 2000, a Comissão informou às partes que tinha sérias dúvidas quanto à legalidade dessa cooperação, nos termos do Regulamento (CEE) n. 3.975/87. Em maio de 2001, a Comissão enviou às partes uma comunicação de objeções, confirmando que o acordo não preenchia as condições previstas no regulamento competente e tencionava tomar uma decisão de proibição do acordo de cooperação notificado. Subseqüentemente, os serviços da Comissão deram início a discussões com as partes, no sentido de encontrarem soluções efetivas para os problemas de concorrência identificados pela Comissão. Como resultado dessas discussões, as partes propuseram uma série de compromissos, com o objetivo de assegurar a existência de uma nova concorrência viável nos mercados em causa, através da eliminação das barreiras atualmente existentes à entrada no mercado de

concorrentes potenciais. Os serviços da Comissão receberam indicações de que um certo número de concorrentes estava interessado em entrar no mercado com base nesses compromissos. Nessas circunstâncias, e na medida que novos operadores obtivessem os necessários direitos de tráfego para operar nos mercados relevantes, a Comissão aprovou o acordo de cooperação notificado, com base nos compromissos relativos a faixas horárias, freqüências, tarifas, acordos de reservas de lugares, interlinhas, programas de passageiros freqüentes e serviços intermodais.<sup>112</sup>

Percebe-se, portanto, a tarefa árdua que cabe às autoridades antitruste quando da análise de certos atos de concentração, pois, se de um lado, a livre iniciativa é um princípio erigido constitucionalmente, cumprindo ao Estado a preservação desse direito, de outro, seus limites se encerram na conservação desse

---

<sup>112</sup> Alguns dos compromissos submetidos às companhias aéreas são: 1. Compromissos relativos às faixas horárias: se uma companhia aérea que não operava serviços de transportes aéreos entre a Áustria e a Alemanha à data da notificação, pretender dar início a um novo serviço direto num ou mais pares de cidade Áustria-Alemanha, as partes comprometem-se a disponibilizar faixas horárias, atendendo algumas condições. 2. Compromissos relativos às freqüências: as partes acordaram em não acrescentar freqüências num determinado par de cidades do novo operador, no mínimo, durante quatro épocas tarifárias da IATA consecutivas com início e incluindo a época tarifária em que o novo operador dá início ao serviço no par de cidades do novo operador. 3. Compromissos relativos às tarifas: cada vez que as partes reduzem uma tarifa publicada relativa a um par de cidades do novo operador, acordam em aplicar uma redução de tarifa equivalente (em percentagem) noutros três pares de cidades Áustria-Alemanha em que não estejam sujeitas à concorrência. 4. Compromissos relativos a acordos de reserva de lugares: as partes celebrarão um acordo de reserva de lugares relativo ao par ou pares de cidades do novo operador explorados pelo novo operador no caso de o número de freqüências oferecido pelo novo operador ser inferior ao número operado pelas partes. 5. Compromissos relativos a interlinha: as partes comprometem-se a celebrar um acordo de interlinha relativamente aos pares de cidades do novo operador exploradas por este nos casos em que o novo operador não tenha já um acordo de interlinha com as partes. 6. Compromissos relativos ao programa de passageiro freqüente (PPF): se um novo operador não participa no PPF de uma das partes ou não dispõe de um PPF próprio compatível, a pedido, as partes comprometem-se a permitir que o novo operador participe no seu PPF conjunto no que se refere aos pares de cidades do novo operador por estes explorados. 7. Compromissos relativos a serviços intermodais: a pedido de uma companhia ferroviária ou de outra empresa de transporte de superfície que opere entre a Áustria e a Alemanha, as partes comprometem-se a celebrar um acordo intermodal no âmbito do qual as partes prestarão aos passageiros o transporte aéreo nos seus serviços entre Áustria e a Alemanha, integrado num itinerário que inclui o transporte de superfície assegurado pelo parceiro intermodal. (Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Processo n. IV/37.370. Disponível em: <[http://europa.eu.int/scadplus/treaties/eec\\_es.htm](http://europa.eu.int/scadplus/treaties/eec_es.htm)>).

direito perante os demais agentes econômicos atuantes no mesmo mercado relevante, bem como na possibilidade de inserção de novos concorrentes no mercado. A ausência de limites aos atos das empresas pode torná-las vítimas de suas próprias ações competitivas.

#### **6.4 Vantagens e desvantagens dos atos de concentração**

Não há uma fórmula pronta e acabada que aponte vantagens e desvantagens de um ato de concentração econômica. Num caso concreto, inúmeros são os fatores que devem ser analisados para se extrair conclusões quanto aos seus efeitos, e diversas são as argumentações que podem ser levantadas contra ou a favor de sua constituição.

A redação do artigo 54 e incisos da Lei n. 8.884/94 ressalva os atos que, não obstante possam limitar, prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, serão autorizados pelo CADE, desde que tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Para contrabalançar as exceções concedidas, os incisos II e III do mesmo artigo determinam que os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais, e não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços. Finalmente, no parágrafo 2º, legitimam-se os atos elencados no *caput*, desde que atendidas pelo



menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessárias por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Uma vez demonstrado que os atos de concentração não são vedados em nossa legislação, guardando importância no cenário econômico, passa-se à análise das possíveis vantagens decorrentes dos atos de concentração. As vantagens aqui aludidas o são sob a ótica do Estado, ou seja, quais os benefícios resultantes de um ato de concentração para a ordem econômica, e não para a empresa, muito embora reste claro que todas as vantagens aqui mencionadas serão, da mesma forma, vantagens para as empresas. Passa-se a analisar as vantagens dos atos de concentração, ressalve-se, sob a ótica do Estado:

1. O *avanço tecnológico* é, sem dúvida, um dos fortes argumentos para a efetivação de uma concentração. Calixto Salomão Filho, baseado nas argumentações de Mestmäcker, aponta que, nos países industrializados, o desenvolvimento tecnológico de há muito já se transformou em sinônimo de competitividade internacional. O engajamento estatal nesses projetos é tão grande que alguns autores falam, inclusive, em uma nova era do direito concorrencial, onde a competição entre empresas se transforma em uma competição entre países, na busca da primazia tecnológica e, conseqüentemente, da supremacia industrial<sup>113</sup>. Se nos países industrializados a questão do avanço da tecnologia guarda grande importância para o desenvolvimento econômico do país, o que dizer dos países

---

<sup>113</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 189.

emergentes, carentes de tecnologias avançadas que os elevem ao mercado internacional e lhes permita competir com as grandes empresas transnacionais.

2. *A melhoria da qualidade de bens ou serviços* decerto não se alcança exclusivamente através dos atos de concentração, mas não é menos verdade que, se esse for o desejo das empresas envolvidas na concentração, seu alcance tornar-se-á mais fácil.

3. Não há na legislação brasileira dispositivos que justifiquem uma concentração com base na *crise financeira* de uma das empresas envolvidas, mas também não há vedação expressa nesse sentido, mesmo porque a aprovação ou reprovação de um ato de concentração pelas autoridades antitruste leva em consideração uma série de fatores, e não apenas uma questão pontual. Não resta dúvida, no entanto, de que a aquisição de uma empresa prestes a falir, por uma outra empresa que goza de melhor situação financeira, é uma vantagem bastante considerável, sob a ótica do Estado<sup>114</sup>. As argumentações aqui trazidas, quanto à salvaguarda de uma empresa na iminência de falir, não são garantias de que um ato de concentração, submetido ao CADE sob essa alegação, será aprovado. Muitos

---

<sup>114</sup> Nuno T. P. Carvalho traz o posicionamento do Supremo Tribunal dos Estados Unidos em alegações de defesa, relativas a concentrações de empresa, quando uma delas está na iminência de falir: a) a empresa adquirida estava em tão má situação que a perspectiva de recuperação era nula, pelo que estava próximo da falência; b) além disso, o Tribunal observou que não existia nenhum outro possível comprador para a empresa. O autor acrescenta que já não se trata de uma empresa adquirir o controle de outra porque isso traz ganhos de eficiência alocativa, produtiva ou distributiva, mas sim porque isso evita, pura e simplesmente, que a empresa adquirida saia do mercado, com a conseqüente perda social. Portanto, não há necessidade de se fazer um balanço entre as perdas que a concorrência sofre e os ganhos que a sociedade recebe. É que a aquisição de uma empresa em má situação, de acordo com esta defesa, não gera concentração no mercado porque essa empresa ou já saiu dele ou está prestes a sair – pelo que já não é sequer um concorrente ou está prestes a deixar de sê-lo. A sua aquisição, assim, não aumenta concentração. (CARVALHO, Nuno T. P., *As concentrações de empresas no direito antitruste*, op. cit., p. 161-162).

outros aspectos devem ser levados em conta e, nesse sentido, a legislação antitruste auxilia as autoridades na tomada das decisões que lhes compete.

Se é certo que os atos de concentração podem trazer benefícios para a economia nacional, não é menos verdade que esses mesmos atos também podem acarretar prejuízos à ordem econômica. As operações de concentração podem propiciar a dominação de mercado e, conseqüentemente, inibir a aparição de novos concorrentes; um mercado não competitivo pode ensejar na prática de preços abusivos, queda na qualidade de produtos e aumento de preços; enfim, as concentrações econômicas podem incentivar um comportamento empresarial menos competitivo, provocando um desequilíbrio no mercado, prejuízos ao consumidor, refletindo de forma negativa na ordem jurídico-econômica.

## **6.5 Caráter instrumental da legislação antitruste**

A legislação antitruste visa assegurar um mercado competitivo e, para tanto, suas normas foram editadas de sorte a inibir e coibir determinados atos indesejáveis, praticados pelos agentes econômicos, que possam prejudicar o bom funcionamento do mercado. De outra parte, a legislação antitruste atua preventivamente na estruturação dos mercados, de forma a controlar concentrações econômicas que possam influir negativamente sobre o mercado. Da aplicação da legislação antitruste pelo Estado decorre uma série de efeitos positivos, que alcançam não só o mercado, mas também as empresas, os consumidores e a própria sociedade. Nesse sentido, o

consumidor<sup>115</sup> beneficia-se da legislação antitruste, na medida que o mercado oferece variedade de escolha, melhor qualidade e menores preços; os agentes econômicos beneficiam-se com a garantia de liberdade de atuação no mercado, eis que a legislação antitruste combate os atos ilícitos que possam ser praticados por empresas detentoras de posição dominante ou por ações conjuntas de empresas que visam a eliminação da concorrência<sup>116</sup>; de outro lado, há proteção legal para as empresas que alcançam um desenvolvimento econômico com base em maior eficiência sobre seus concorrentes; a sociedade também se beneficia com a legislação antitruste, eis que todos esses efeitos e reflexos, decorrentes da aplicação da lei antitruste, tendem a promover o desenvolvimento econômico do país, à medida que se verifica pluralidade de empresas no mercado, aumento de empregos, relação de consumo mais justa; enfim, muitos podem ser os efeitos positivos decorrentes da aplicação da legislação antitruste no mercado.

Esses efeitos decorrentes da aplicação da legislação, no entanto, não traduzem a finalidade última da legislação antitruste brasileira. Como observa Américo Luís Martins da Silva, a “concorrência empresarial não é um valor-fim, mas um valor-meio, classificada como instituto jurídico filiado às normas do direito econômico”. Prossegue o autor, afirmando que “nesta condição, adquire a natureza de instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal não é

---

<sup>115</sup> Carlos Ferreira de Almeida anota que: “Nem por isso a opinião mais divulgada deixa de acentuar que o regime jurídico da concorrência não tem na defesa dos consumidores o seu objetivo principal, virado antes para a garantia do funcionamento do sistema. Os efeitos reflexos para o consumidor que derivam das leis de concorrência não dispensam portanto os meios complementares ou compensadores dirigidos especialmente à proteção contra um mercado que lhes é, em geral, hostil.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 74).

<sup>116</sup> Nesse sentido, afirma Celso Ribeiro Bastos: “É essa atividade concorrente e competitiva dos diversos agentes, que expõem no mercado produtos assemelhados, que leva à otimização dos recursos econômicos e a preços justos, na medida em que, por intermédio da concorrência recíproca, evitam-se os lucros arbitrários e os abusos do poder econômico.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998).

simplesmente reprimir práticas econômicas abusivas e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço do desenvolvimento”<sup>117</sup>. Desse modo, não obstante a legislação antitruste tenha como objetivo a defesa da concorrência, esta não é um fim em si mesma, mas meio para o alcance de resultados político-econômicos específicos<sup>118</sup>. Nesse sentido, revela-se o caráter instrumental da legislação antitruste, na medida que a defesa da concorrência é perseguida pelo Estado para atingir objetivos políticos e econômicos determinados

---

<sup>117</sup> SILVA, Américo Luís da, *A ordem constitucional econômica*, op. cit., p. 58.

<sup>118</sup> Paula Forgioni observa: “O fato é, entretanto, que sempre e cada vez mais, a Lei Antitruste, em vários países do mundo, tem sido utilizada como um instrumento de política pública. Essa realidade é inegável, independentemente das opiniões da doutrina dominante ou da retórica oficialmente adotada. Viabiliza-se, então, o surgimento de inteiras propostas de reestruturação de mercados nacionais, baseadas na lei e nos princípios antitruste.” (FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 198-199).

## 7 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E A ORDEM ECONÔMICA NACIONAL

No primeiro capítulo deste trabalho, estudou-se a ordem econômica nacional e identificou-se que o modelo econômico inscrito na Constituição federal é o modelo do bem-estar social. O alcance do modelo econômico idealizado pelo Estado brasileiro pressupõe uma atuação estatal no setor econômico. Para que o Estado possa desempenhar a função econômica que a ordem jurídica lhe conferiu, a lei lhe atribuiu as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica. Nesse contexto, a Lei n. 8.884/94, que se presta à regulação e ordenação da concorrência, revela-se como um dos instrumentos de que se vale o Estado para a realização do modelo econômico nacional.

A Lei n. 8.884/1994 dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientando-se pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Da leitura do texto da lei, resta claro que a legislação antitruste tutela a livre concorrência, de sorte a promover um cenário concorrencial que contemple pluralidade de empresas, preços competitivos, produtos com qualidade, aperfeiçoamento tecnológico, entre outros benefícios decorrentes de um mercado competitivo<sup>119</sup>. Mas com que objetivo a

---

<sup>119</sup> Nuno T. P. Carvalho assinala que “a livre concorrência não se protege por si mesma, mas só na medida em que servir para ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’. A fórmula é por demais vaga para ser esclarecedora, é verdade, mas deixa inequívoco que a concorrência é, na ordem econômica brasileira, um valor apenas orientador, suscetível de ceder o passo quando, na consecução de iniciativas para dar uma vida mais digna ao cidadão brasileiro, se imponha a obediência a outros valores, por vezes com ela incompatíveis” (CARVALHO, Nuno T. P., *As concentrações de empresas no direito antitruste*, op cit., p. 87-86).

legislação antitruste tutela a livre concorrência<sup>120</sup>, ou seja, qual é a finalidade última da legislação antitruste na ordem econômica nacional? Para responder a essa pergunta, é necessário prosseguir o estudo, analisando políticas econômicas, casos práticos de concentração econômica e, finalmente, será possível concluir sobre a finalidade última da legislação antitruste na ordem econômica nacional.

## 7.1 Políticas econômicas

Sobre a política econômica, Isabel Vaz escreve que “em sentido amplo, a política econômica pode ser considerada como um conjunto de ações adequadas dirigidas racionalmente para a obtenção de determinados resultados de natureza econômica em uma comunidade”<sup>121</sup>. Washington Peluso assinala que a intervenção é forma de ação do Estado e, portanto, sua natureza é política. Quando essa ação se exprime por um conjunto de atos praticados pelo Poder Público para atingir certos fins, influenciando sobre os fenômenos a longo prazo (reformas estruturais)<sup>122</sup>, ou

---

<sup>120</sup> Luís Cabral de Moncada afirma que o objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados uma vez que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes orienta a produção para os setores suscetíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que seria redução de custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer a nível do consumidor, quer a nível de produtos. É por isso que a sua defesa é um objetivo de política econômica. (Moncada, Luís Cabral de, *Direito Econômico*, op. cit., p. 313).

<sup>121</sup> VAZ, Isabel, *Direito econômico das propriedades*, op. cit., p. 195.

<sup>122</sup> Sobre as novas orientações teóricas da política econômica escreve Norberto Bobbio: “Para a crise da concepção liberalista tradicional não contribuiu apenas a teoria keynesiana; contribuíram também outras análises modernas. Alguns autores (lembramos especialmente Tinbergen) tentaram generalizar o contexto marginalista, sugerindo uma concepção mais realista e complexa do bem-estar social, que não faz depender só das utilidades dos vários indivíduos ou grupos de indivíduos (as utilidades são medidas pela importância atribuída ao bem-estar de determinados grupos da sociedade), mas que crê seja também função de outras variáveis, por exemplo, da taxa de crescimento econômico, da intensidade com que são satisfeitas certas necessidades coletivas etc.(função do bem-estar social). Os objetivos da Política Econômica podem então ser definidos mediante uma função do bem-estar social que a análise econômica não poderá explicar, mas que

simplesmente a curto prazo (medidas de tipo conjuntural), tem-se a *política econômica*<sup>123</sup>. A política econômica pode ser implementada por meio de disposições legais<sup>124</sup>, a partir de medidas de cunho político ou econômico, ou seja, sob as mais diversas formas e de acordo com as prioridades estabelecidas pelo Estado<sup>125</sup>. O apoio à pesquisa tecnológica é uma boa ilustração de política econômica racionalmente dirigida para a obtenção de um fim econômico determinado. Nesse sentido, o governo japonês editou uma lei que incentivava a formação de associações de empresas para a pesquisa tecnológica de base aplicada. As

---

há de aceitar como predeterminada. Os problemas teóricos de Política Econômica poderão assim ser reconduzidos à conceituação marginalista. Tais problemas se resolvem na busca das modalidades (valor das variáveis instrumentais) com que seja possível assegurar que os recursos são usados do modo mais eficiente para alcançar as finalidades sociais. (...) Os problemas particulares que alguns países tiveram de enfrentar já nos primeiros anos do pós guerra inspiraram tendências de Política Econômica que não podiam restringir-se à consideração dos valores agregados das variáveis econômicas (consumo, investimento, despesa pública), como fazem as políticas keynesianas, mas deviam ter em mira a consecução de determinados efeitos estruturais. Ou seja, tornava-se necessária uma política de planificação. Esta é uma política estimulada, mesmo teoricamente, por economistas de tendência livre-cambista (Meade), que consideram o mercado incapaz de garantir a coordenação das decisões através do tempo – para eles a planificação há de ser do tipo indicativo, efetuar-se mediante acordo entre o Estado e os agentes econômicos – e por economistas que pensam que ao sistema econômico se não de fixar objetivos que o mercado é incapaz de alcançar. Para estes a planificação tem de ser, pelo menos em uma certa medida, uma planificação normativa”.(BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1991. v. 2. p. 973-974).

<sup>123</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de direito econômico*, op. cit., p. 318.

<sup>124</sup> A esse respeito assinala Isabel Vaz: “Em um Estado de direito, em que um dos pressupostos é a limitação do poder pela lei, quando pensamos em Política Econômica, sua implementação pressupõe a utilização dos instrumentos previstos na ordem jurídica vigente. (...) A elaboração de uma Política Econômica, pressupõe, pois, a fixação de determinados fins de natureza econômica, a serem atingidos através do uso racional de instrumentos adequados autorizados pela ordem jurídica. Ao mencionarmos a expressão racional julgamos proveitoso lembrar um trecho da obra de Oscar Corrêa, onde se refere ao sentido atual da racionalização como um princípio geral, estado de espírito, movimento envolvente da economia, em direção da nova, procurando tirar proveitos novos da utilização racional de todos os conhecimentos econômicos”. (VAZ, Isabel, *Direito econômico das propriedades*, op. cit., p. 198-199).

<sup>125</sup> Fábio Nusdeo escreve que “a doutrina está voltada para os fundamentos do sistema econômico. Uma vez, porém, assentados estes e definidos os contornos de sua estrutura, surge a necessidade de direcioná-lo, estabelecendo-lhe determinados fins, impondo-lhe, em suma, um padrão de desempenho. Surge a política econômica, ou seja, o estudo das relações entre certas variáveis sob a ótica de que umas serão meios ou instrumentos para que as outras assumam um determinado valor ou posição. A política econômica é assim mais detalhista e mais pragmática. Ela não discute as bases filosóficas do sistema. Procura, apenas, dentro de suas premissas, viabilizar os objetivos tidos como necessários ou desejáveis pela comunidade, servindo-se dos instrumentos que o próprio sistema coloca ao seu dispor. Ganha em exatidão e profundidade; perde em generalidade”. (Nusdeo, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, op. cit., p. 168-169).



invenções resultantes são patenteáveis e às empresas que formam a associação podem ser concedidas vantagens no licenciamento das patentes.<sup>126</sup>

Sob a ótica da regulação antitruste, as políticas econômicas também podem ser implementadas através da atuação das autoridades antitruste. Andrés Serra Rojas assinala que a política econômica alude a um conjunto de atividades através das quais o Estado intervém no processo econômico, conforme as leis econômicas gerais, com o objetivo de afetar os resultados da atividade econômica, para obter o maior partido de uma determinada situação<sup>127</sup>. Nesse sentido, a decisão do Estado de autorizar, reprovar ou condicionar a autorização de um ato de concentração ao cumprimento de determinados compromissos é um ato de política econômica, na medida que, por trás dessa decisão, há o objetivo do Estado de afetar a atividade econômica, de sorte a obter os melhores resultados de uma situação econômica específica.

Segundo Washington Peluso, “na prática da concentração, vamos encontrar as medidas de política econômica que o direito econômico trabalha para regulamentá-la, no tocante à atuação da empresa”<sup>128</sup>. Será possível observar, portanto, que a legislação antitruste foi concebida para permitir que o Estado a utilize para o alcance de fins econômicos específicos, independentemente do resultado concorrencial que venha a se concretizar. Desse modo, o mercado pode ser beneficiado com uma decisão das autoridades antitruste que privilegie a competitividade no mercado, ou, do contrário, o mercado pode sofrer prejuízos, na

---

<sup>126</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as estruturas*, op. cit., p. 190.

<sup>127</sup> SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho econômico*. México: Porrúa, 2000. p. 362.

<sup>128</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de direito econômico*, op. cit., p. 312-313.

medida que determinada decisão das autoridades antitruste possa levar à restrição da concorrência.

## **7.2 Políticas econômicas implementadas através da legislação antitruste?**

A seguir, serão analisados os atos de concentração envolvendo AmBev, Colgate e Nestlé/Garoto, para demonstrar que, não obstante a legislação antitruste atue em defesa da concorrência, seu objetivo final pode vir a alcançar resultados diversos, que não simplesmente a defesa da concorrência.

### **7.2.1 AmBev**

O exemplo da AmBev é bastante propício para o presente estudo, pois foi um ato de concentração que causou questionamentos sob diversos aspectos. Sob a ótica empresarial, os concorrentes da AmBev sentiam-se profundamente prejudicados e lutaram para impedir a concentração; sob a ótica dos consumidores, estes, diante das mais diversas notícias e opiniões que eram veiculadas nos meios de comunicação, não concebiam claramente a implicação desse ato no consumo final dos produtos comercializados pela AmBev; as opiniões dos juristas também não eram unânimes e guardavam os mais variados entendimentos. Veja-se qual foi o entendimento das autoridades antitruste quanto a esse ato de concentração.

As indústrias de bebidas Antarctica e Brahma submeteram à apreciação do CADE, em 2 de julho de 1999, o ato pelo qual decidiram se reunir sob o mesmo controle acionário, criando uma nova sociedade denominada Companhia de Bebidas das Américas (AmBev), mediante a inclusão das ações ordinárias representativas dos controles da Brahma e da Antarctica ao capital social da AmBev.

Quanto ao mercado relevante geográfico e de produto, constatou-se, através da análise regional do mercado de cervejas, que o grau de concentração do produto, nacionalmente calculado, é muito alto, chegando ao patamar de aproximadamente 72%. Em algumas regiões, verificou-se concentração ao nível de até 90%, conforme registrado no Estado do Amazonas.

A conselheira relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, analisando essa concentração, concluiu que a mesma resultava apenas no aumento da posição dominante no mercado de cervejas, sem a ocorrência de melhoria de eficiências internas (no âmbito nacional) capazes de neutralizar as probabilidades de dano à concorrência. Acreditava, no entanto, que a remoção das barreiras elevadas poderiam permitir que a concorrência pudesse ser mais expressiva quanto à oportunidades de conquista do mercado de cervejas, com vistas a fazer face à AmBev, em condições razoáveis e aceitáveis. Acrescentou a relatora que essa operação seria eficiente do ponto de vista da concorrência com o mercado mundial, mas não se poderia descuidar também da concorrência interna, para que as empresas nacionais ou estabelecidas no mercado nacional pudessem se desenvolver, de modo a também fazer face à globalização. Ainda que as requerentes demonstrassem numericamente que a operação traria inovações e

ganhos de competitividade, com aumento da produção, melhoria da qualidade do produto relevante e do desenvolvimento tecnológico, não havia como se descuidar das possibilidades advindas do poder de mercado já constatado no setor, bem como das fortes barreiras existentes. Ao considerar tais fatos, entendeu que as requerentes deveriam se submeter a algumas alterações, tanto de natureza estruturais, como comportamentais, com vistas a não só dar espaço aos concorrentes internos, como concorrer no mercado externo de forma legítima e eficiente. Pelo que se constatou na análise do processo, o item I do parágrafo 1º do artigo 54 da Lei n. 8.884/94 foi atendido, eis que a operação resultaria em aumento da produtividade, na melhoria da qualidade dos bens ofertados e proporcionaria eficiência e desenvolvimento tecnológico.<sup>129</sup>

No voto de Gesner Oliveira, verifica-se a atenção dada à argumentação das requerentes, no sentido de que a constituição de uma empresa multinacional sediada no país traria benefícios consideráveis à economia nacional, não sendo obviamente a única razão que deu embasamento à aprovação da concentração em questão; de outro lado, dando continuidade ao voto, ele apontou continuamente a preocupação com a adoção de mecanismos que minimizassem os prejuízos à concorrência, razão pela qual endossou o rol de providências proposto pela conselheira relatora.

---

<sup>129</sup> Voto da conselheira relatora, nos autos do processo administrativo da AmBev. Disponível em: <[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)>.

Finalmente, o ato de concentração que deu origem à AmBev foi aprovado pelo CADE, condicionado à implementação de uma série de compromissos.<sup>130</sup>

A aprovação do ato de concentração que deu origem à AmBev apresenta dois dados muito importantes para a compreensão da legislação antitruste e o modelo econômico nacional: a) a concentração foi aprovada porque o estudo desse processo pelas autoridades antitruste apontou que a sociedade teria mais vantagens

---

<sup>130</sup> Foram os seguintes os compromissos para a viabilização de entrada da nova empresa, no prazo de oito meses, a contar da data da assinatura do termo de compromisso de desempenho entre a AmBev e o CADE: "(a) alienação da marca Bavaria, bem como a transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados a esta marca, vencido neste ponto o Conselheiro Marcelo Calliari, que adicionava à proposta a venda das marcas Polar e Bohemia; (b) alienação de 1 (uma) unidade fabril para a produção de cerveja, localizada em cada uma das regiões do território nacional, a saber: 1 (uma) fábrica na Região Sul, localizada em Getúlio Vargas-RS, com capacidade instalada de 607 mil hl, de propriedade da Antarctica; 1 (uma) fábrica na Região Sudeste, em Ribeirão Preto-SP, com capacidade instalada de 2.400 mil hl, sendo 500 mil hl de chope e 1900 mil hl de cerveja, de propriedade da Antarctica, a qual deverá encontrar-se em atividade e equipada com maquinário capaz de oferecer envasamento em latas, vencido neste ponto o Conselheiro Marcelo Calliari, que adicionava a oferta de alternativa ao comprador, da unidade fabril de Guarulhos-SP; 1 (uma) fábrica na Região Centro Oeste, localizada em Cuiabá-MT, com capacidade de 700 mil hl, de propriedade da Brahma; 1 (uma) fábrica na Região Nordeste, localizada em Camaçari-BA, com capacidade instalada de 2.900 mil hl, de propriedade da Brahma; e 1 (uma) fábrica na Região Norte, localizada em Manaus-AM, com capacidade instalada de 487 mil hl, de propriedade da Brahma; (c) a AmBev deverá compartilhar sua rede de distribuição com o comprador, em todas as regiões do país, durante o prazo de 4 (quatro) anos, prorrogável por mais 2 (dois) anos, devendo: i) disponibilizar rede de distribuidores, de forma a assegurar plenamente a distribuição da(s) marca(s) de cerveja do comprador, em quaisquer pontos de venda no território nacional onde a AmBev estiver presente; ii) disciplinar, em contrato específico firmado entre a AmBev e comprador, a distribuição compartilhada dos produtos da AmBev e do comprador, assegurando-se igualdade de condições na distribuição dos produtos, igualdade nos custos de distribuição incorridos pela AmBev e pelo comprador, e a mais ampla distribuição dos produtos do comprador referentes ao mercado de cervejas; iii) em locais onde houver distribuição direta, deverá a AmBev distribuir, pela sua rede própria, os produtos do comprador referentes ao mercado de cervejas; e iv) dispensar o comprador, expressamente, do pagamento da comissão de distribuição à AmBev, nos primeiros 4 (quatro) anos; (d) deverá a AmBev comprometer-se a manter o nível de emprego, sendo que as dispensas associadas à reestruturação empresarial devem vir acompanhadas de programas de recolocação e treinamento, os quais deverão ser supervisionados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito de convênio com o CADE; (e) a AmBev deverá compartilhar sua distribuição para 5 (cinco) empresas cervejeiras, pelo prazo de 4 (quatro) anos, uma em cada uma das regiões, conforme definidas no voto da relatora, com participação não superior a 5% (cinco por cento) em cada região, mediante leilão, para aquela que oferecer o maior pagamento de comissão, o que deverá ser implementado em 8 (oito) meses, sob pena de intervenção judicial; (f) fica a AmBev proibida de impor exclusividade, estando desobrigado o ponto de venda, a contar da data da publicação do acórdão desta decisão, de restringir a venda de determinado produto ou marca, em razão da disponibilização de maquinários, equipamentos e outros produtos de *merchandising*, exceto quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes a uma participação preponderante na formação dos ativos do ponto de venda; a condição prevista no item 4 alcança, no que couber, a rede de distribuição, em suas relações com o ponto de venda." (Disponível em: <[www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/ambefim.asp](http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/ambefim.asp)>).

com o ato de concentração do que desvantagens, mesmo restando prejudicada a concorrência. Ou seja, houve o convencimento do Estado, por meio de suas autoridades, de que a concentração poderia proporcionar melhores resultados econômicos e sociais à sociedade do que a fragmentação do mercado de cervejas. Isso aponta que a proteção da concorrência não é a finalidade última da legislação antitruste no modelo econômico nacional, mas meio para se alcançar outros fins; b) a aprovação do ato de concentração, condicionada a submissão dos compromissos impostos pelas autoridades antitruste, aponta o caráter político-econômico dessa decisão. Ou seja, as autoridades antitruste reconhecem que a aprovação da concentração gerou um dano à concorrência, e, por essa razão, houve uma preocupação em se adotar medidas que diminuíssem a dimensão desse dano, sem prejuízo, no entanto, da política econômica adotada pelo Estado, através do ato de concentração.

### **7.2.2 Kolynos/Colgate**

O ato de concentração envolvendo Kolynos e Colgate é um caso bastante semelhante ao da AmBev, no que se refere ao grau de concentração resultante da aquisição de uma empresa pela outra. Mas, como se verá ao final, com reflexos na ordem econômica nacional bastante diversos.

No ano de 1996, foi aprovada sem restrições a aquisição da empresa Kolynos do Brasil Ltda. pela Colgate Palmolive Co., no que concerne aos mercados relevantes de fio dental, enxaguante bucal e escova dental, por entenderem as

autoridades antitruste a inexistência de dano ou ameaça de dano à concorrência. Igualmente se deu a aprovação, no que tange ao mercado relevante de creme dental, esse, no entanto, condicionado à aceitação de um dos três conjuntos de opções especificados no voto da relatora: a) suspensão temporária do uso direto pela requerente, para fabricação e comercialização destinadas ao mercado interno, pelo prazo de quatro anos, da marca Kolynos e suas variações existentes, ou que possam vir a ser criadas, incluindo-se na suspensão qualquer material de embalagem, propaganda e promoção relacionada a creme dental, ressalvado o seu licenciamento a terceiros, no mesmo período, como marca dupla, com cláusula de desaparecimento gradual da marca Kolynos ou extensões; b) licenciamento exclusivo para terceiros da marca Kolynos, por vinte anos; c) alienação da marca Kolynos e extensões, para a produção e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno, em favor de comprador que não detenha atualmente participação maior que um por cento no mercado interno.<sup>131</sup>

A aquisição da Kolynos pela Colgate foi de grande complexidade e implicações. A conselheira relatora Lucia Helena Salgado e Silva assinalou em seu voto a eliminação substancial da concorrência, de especial a concorrência intermarcas, que caracteriza esse tipo de mercado, uma vez que a marca líder do mercado foi adquirida pela segunda marca, ficando o grupo com uma participação de quase 80% do mercado, enquanto a empresa seguinte em participação detinha aproximadamente 20%. As demais participantes do mercado não chegavam a atingir 1% de participação. A influência que esses pequenos produtores poderiam exercer sobre o comportamento da empresa dominante era nula e as duas competidoras

---

<sup>131</sup> DUTRA, Pedro, *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*, op. cit., v. 1, p. 551-552.

remanescentes – Colgate Ltda. de um lado, e Gessy de outro – detinham participação tão desiguais que não se poderia cogitar que o relacionamento entre elas no mercado fosse marcado pela rivalidade competitiva.

A relatora anotou que não havia danos reais ou potenciais à concorrência resultantes dos efeitos da operação sobre os mercados relevantes de escova dental, fio dental e enxaguante bucal. Todavia, tais danos foram evidenciados ao longo da análise no que tangia ao mercado relevante de creme dental. A natureza da concorrência no mercado de creme dental, por diferenciação de produto, tem na marca a sua principal arma. A concorrência intermarcas, por meio da construção de reputação e laços de lealdade com o consumidor, é a forma predominante assumida pela concorrência nesse mercado, concluindo que é o controle simultâneo das duas marcas mais importantes do mercado, em particular da marca dominante Kolynos, barreira à entrada significativa e, por conseguinte, fonte do poder de mercado agora detido pela adquirente. Desse modo, a suspensão voluntária do uso da marca Kolynos e suas extensões, inclusive do material de embalagem, promoção e propaganda associado, para a fabricação e comercialização de creme dental dirigidas ao mercado interno pelo período de quatro anos, foi medida que considerou mais justa para garantir que a operação não eliminasse a concorrência nem criasse poder de mercado de tal envergadura que, por meio de seu comportamento estratégico, desencorajasse a entrada de novos concorrentes e a autonomia decisória dos atuais participantes do mercado. Acrescentou ainda que o prazo pré-determinado de suspensão deveria ter, para eventuais concorrentes potenciais, o condão de emular a entrada rápida e eficiente, para que os novos concorrentes já



tivessem se viabilizado economicamente, por ocasião do retorno da marca Kolynos ao mercado.<sup>132</sup>

O que se pode extrair do julgamento desse ato de concentração? No caso da AmBev, restou claro que uma das grandes justificativas para a aprovação do ato de concentração se pautou na argumentação de uma empresa brasileira com atuação internacional, competindo em mercados externos e propiciando benefícios consideráveis à economia nacional. No mesmo sentido, houve parecer de Cláudio Frischtak e do Secretário de Política Industrial sugerindo a importância para o país de viabilizar projetos de internacionalização de empresas brasileiras<sup>133</sup>. Certamente, houve diversas outras justificativas que apontaram eficiências decorrentes da referida concentração, que contribuíram ao embasamento da aprovação da concentração.

O mesmo não se verifica na concentração realizada entre Kolynos e Palmolive. Observa-se que a atuação do CADE nesse último caso restringiu-se à tentativa de manutenção das bases da concorrência no segmento de produtos comercializados pelas empresas envolvidas, com a imposição de algumas medidas, entre elas a determinação de suspensão do uso da marca Kolynos pela Colgate. Não resta dúvida que a aprovação do ato, condicionada à obediência das determinações paliativas definidas no termo de compromisso, buscou adequar o ato de concentração às exigências legais, mas, de outro lado, resta claro também que as autoridades antitruste tinham subsídios legais para adotar outras alternativas ao

---

<sup>132</sup> DUTRA, Pedro, *A concentração do poder econômico*: jurisprudência anotada, op. cit., v. 1, p. 675-693.

<sup>133</sup> Decisão do caso AmBev. Disponível em: <[www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/ambevfm.as](http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/ambevfm.as)>.

caso em questão, se tivessem o convencimento de que a opção por uma outra decisão traria benefícios à ordem econômica nacional.

O resultado do ato de concentração entre Kolynos e Colgate nos revela uma outra face da legislação antitruste, qual seja, a mera manutenção do sistema concorrencial. Podemos dizer, assim, que a máxima do direito antitruste é a promoção de políticas econômicas objetivando impulsionar a economia nacional e alcançar o bem estar social, e a mínima, é a manutenção do sistema concorrencial.

### **7.3 Nestlé/Garoto**

O Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89 trata da operação de aquisição da totalidade do capital social da Chocolate Garoto Ltda. pela Nestlé Brasil Ltda. Foram destacados como mercados relevantes de produtos: balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas, sendo o território nacional identificado como o mercado relevante. O grau de concentração decorrente dessa operação, segundo a análise das autoridades antitruste, resultou nos seguintes dados: mercado de balas e confeitos sem chocolates: 2,7%; mercado de achocolatado: 61,2%; cobertura de chocolate: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%.

]Nos termos do parecer da Secretaria de Direito Econômico, a referida operação poderia gerar graves prejuízos à concorrência e aos consumidores, não atendendo sequer o disposto no artigo 54, parágrafo 1º, III da Lei n. 8.884/94. A

análise efetuada pela SDE apontou que o exercício unilateral do poder de mercado por parte da Nestlé é altamente provável, por passar a deter um monopólio no mercado relevante de coberturas de chocolate líquidas, por possuir elevada capacidade ociosa na produção de coberturas de chocolates e, quanto às eficiências geradas pela operação, embora existam, são insuficientes para a aprovação do ato. Diante das questões colocadas, a aprovação do ato só poderia se dar mediante a imposição de condições que inviabilizassem o exercício do poder no mercado adquirido. Caberia portanto às requerentes apresentar, perante o CADE, alternativas que impedissem tal exercício, e eficiências que pudessem compensar a restrição substancial da concorrência nos mercados relevantes afetados.<sup>134</sup>

Após estudo detalhado das implicações do mencionado ato de concentração, as autoridades antitruste concluíram que a aprovação da operação poderia acarretar a eliminação de um dos três grandes *players* dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Aduziram que as eficiências levantadas foram insuficientes para compensar o dano à concorrência e garantir a não-redução do bem-estar social do consumidor, resolvendo pela não aprovação da operação.

A decisão final das autoridades antitrustes pela não aprovação da aquisição da Garoto pela Nestlé se operou sob a justificativa de preservação da concorrência, proteção do consumidor e distribuição das eficiências produtivas com toda a sociedade, em detrimento da liberdade de iniciativa.

---

<sup>134</sup> Dados extraídos do parecer da Secretaria de Defesa Econômica. Disponível em: <[www.mj.gov.br/sde/parecer](http://www.mj.gov.br/sde/parecer)>.

### 7.3 Defesa da concorrência ou políticas econômicas?

Das considerações acima, decorre uma constatação muito interessante: os três casos analisados são similares em suas implicações, principalmente nos quesitos eliminação da concorrência e barreira à entrada de novos concorrentes. No entanto, muito embora as concentrações analisadas tenham apresentado semelhanças com relação aos efeitos que poderiam produzir no mercado, as decisões das autoridades antitruste se pautaram em fundamentações diversas e resultados completamente distintos. Não se está aqui afirmando que os três atos de concentração guardavam total semelhança entre si, fato esse impossível de se verificar, em razão das particularidades de cada empresa e das conseqüências que as cercavam, mas que o grau de concentração que apresentavam eram muito próximos.

Observando o nível de concentração de alguns dos produtos das empresas analisadas, nota-se que, no caso da AmBev, o nível de concentração (cerveja) era de aproximadamente 72% a 90%, de acordo com a região relacionada; o mesmo se verificava com a Colgate, cujo nível de concentração do produto (creme dental) alcançava 80%; a Nestlé apresentava um nível de concentração de 88,5% do produto (cobertura de chocolate). Certamente a análise de um ato de concentração não se restringe tão-somente ao nível de concentração que possa atingir, havendo outros quesitos que da mesma forma devem ser avaliados. Não se pode negar, no entanto, que a restrição à concorrência ou à entrada potencial de outros concorrentes são focos centrais na análise de uma concentração e, por esse motivo,

os casos acima analisados poderiam alcançar resultados mais próximos, em razão do grau de concentração que atingiram, o que não se verificou.

Diante dessas constatações, pergunta-se: por que houve uma dissidência, bastante considerável nas decisões das autoridades antitruste, com relação aos casos sob análise, mesmo as aquisições apontando níveis de concentração muito próximos? Isso se deve ao fato de que os atos de concentração acima analisados, não obstante guardassem semelhanças muito fortes, como o grau de concentração, gerariam efeitos completamente distintos na economia nacional.

Como se viu nos capítulos anteriores, cumpre ao Estado intervir na atividade econômica para fixar os objetivos econômicos com os quais se compromete o Poder Público. Desse modo, vale-se o Estado de diversos instrumentos para alcançar resultados econômicos específicos, de acordo com suas necessidades, dentre eles a legislação antitruste. Nesse sentido, nota-se que o próprio texto da Lei n. 8.884/94 autoriza as autoridades antitruste a defender determinado interesse, em detrimento de outro, quando melhor aproveite aos interesses do Estado. É o que se afere do artigo 54 da Lei n. 8.884/94, que prevê a possibilidade de autorização de atos restritivos da concorrência, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

Assim, nota-se o caráter flexível da legislação antitruste e a discricionariedade das decisões das autoridades, de sorte a permitir que se adotem as medidas que melhor se ajustem ao modelo econômico nacional, mesmo que isso signifique a aprovação de uma concentração que possa resultar na diminuição ou

eliminação da concorrência, ou numa decisão que, ao contrário, resulte na proteção da concorrência. A Lei n. 8.884/94 foi elaborada de modo a permitir que as autoridades antitruste interpretem e apliquem a lei da forma que melhor se ajuste à ordem econômica nacional, sendo possível que o mesmo ato de concentração possa sofrer interpretações diversas, de acordo com a conveniência do Estado.

Importante esclarecer que a discricionariedade permitida em lei às autoridades antitruste não se confunde com arbitrariedade<sup>135</sup>. A arbitrariedade é ação contrária à lei, sendo, portanto, sempre uma conduta ilícita. Nesse sentido, verifica-se que, não obstante a legislação seja dotada de normas que permitam uma certa flexibilidade quando de sua aplicação pelas autoridades antitruste, não significa dizer que seus atos não estejam adstritos à lei; pelo contrário, as autoridades devem pautar suas decisões nos limites estabelecidos em lei. O ordenamento jurídico, quando faculta a atuação discricionária das autoridades antitruste, objetiva instrumentá-los com medidas aptas e eficazes a orientar o sistema concorrencial nos termos do modelo econômico nacional, buscando evitar que a “tutela à livre concorrência venha a desempenhar uma função oposta para a qual foi criada”.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Hely Lopes Meirelles, citando Fiorini escreve: “A discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariedade adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. É então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento”. O mesmo autor cita a doutrina de Fleiner, assinalando que discricionariedade está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha “entre várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei”. Mas deverá sempre estrita observância à lei, porque a exorbitância do poder discricionário constitui ato ilícito, como toda ação voluntária carente de direito” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 160-161).

<sup>136</sup> Paula Forgioni assinala que a aplicação literal do texto normativo, sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àqueles desejados. É necessário, então, que a Lei Antitruste contenha meios técnicos/aplicação das normas nela contidas. A estes meios técnicos denominamos “válvulas de escape” (FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 200-201).

Não há como negar a importância de uma legislação antitruste mais flexível e apta a acompanhar as mudanças e a dinâmica do livre mercado<sup>137</sup>. Sabe-se que cabe ao Legislativo a atualização das normas, à medida que elas se mostrem inadequadas aos fins a que se prestam, no entanto essa adequação, na maioria das vezes, não se dá no momento exato, mas de forma tardia. Desse modo, já prevendo a agilidade com que as relações comerciais ocorrem no cenário econômico e conhecendo a lentidão do Legislativo, optou-se por normas de direito econômico mais flexíveis e capazes de acompanhar a dinâmica do mercado, mesmo sem a intervenção do legislador na sua atualização.

Dentre os diversos efeitos decorrentes de uma legislação flexível<sup>138</sup>, no caso específico da legislação antitruste, pode-se apontar a realização de *políticas econômicas* através das decisões das autoridades antitruste, ao apreciarem os atos de concentração que lhes são submetidos, e a *auto-regeneração da norma antitruste*, porque o sistema concorrencial é dotado de mecanismos aptos a suportar e acompanhar a dinâmica do mercado, sem ter que sofrer alteração legislativa.

Nos Estados Unidos, a flexibilização da legislação antitruste é conhecida como regra razão; sua origem, no entanto, não são as normas concorrenciais que, aliás, eram bastante rígidas e não permitem qualquer flexibilização. Essa rigidez

---

<sup>137</sup> Eros Roberto Grau assinala o caráter flexível das normas de direito econômico: “Com efeito, versando continuamente a ordenação de situações conjunturais, assumindo as disposições de direito econômico a função de ferramenta normativa, é imprescindível sejam dotadas de caráter extremamente flexível” (GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 187)

<sup>138</sup> Maria Paula Dallari Bucci afirma que “o desafio da atuação estatal, num Estado como o brasileiro, é exatamente o da coordenação para a execução das políticas, pois o que se tem verificado é que há uma profusão de leis e normas de cunho declaratório (ou meramente retórico) que não encontram eficácia, uma vez que o seu ‘poder coativo’ se perde no espaço intra-estatal entre os momentos da decisão e da execução” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40).

gerou alguns desacertos no sistema concorrencial, o que levou os tribunais a aplicar a lei antitruste de forma mais flexível, de sorte a atender as exigências econômicas do país. A jurisprudência local amenizou a rigidez do sistema concorrencial, ensejando a adequação da legislação antitruste aos julgados dos tribunais americanos. Dessa forma, os atos de concentração passaram a ser apreciados sob uma ótica macro, contemplando os ditames legais e a orientação econômica do Estado.

Por fim, anota-se que a realização de políticas econômicas, através do direito antitruste, pode se efetivar tanto pela aplicação da lei antitruste, ao se estimular ou restringir a concorrência, como pela sua não-aplicação<sup>139</sup>. No primeiro caso, as aprovações, reprovações ou aprovações condicionadas ao cumprimento de determinados compromissos revelam a realização de políticas econômicas, na medida que a legislação antitruste permite mais de uma decisão para o mesmo caso, ou seja, há a possibilidade de se trabalhar com escolhas múltiplas, de acordo com o resultado político-econômico que se pretenda atingir. Essa atuação política das autoridades antitruste também se verifica nas hipóteses de aprovação de atos de concentração condicionadas ao atendimento de uma série de medidas impostas pelas autoridades às empresas envolvidas na concentração. Essas medidas são estabelecidas através de um termo de compromisso e têm a finalidade de compensar possíveis efeitos negativos decorrentes da concentração, ajustando a atuação dos agentes econômicos às pretensões do Estado.

---

<sup>139</sup> Isabel Vaz anota que “daí a preocupação de se ressaltar, na elaboração das leis antitruste, a importância da vontade política, que em um dado momento será responsável pela escolha de um determinado modelo legal, elegendo ora a ‘defesa economia popular’, ora a ‘repressão ao abuso do poder econômico’, ora a ‘livre concorrência’ como instituto a ser reprimido ou objeto jurídico a ser tutelado” (VAZ, Isabel, *Direito econômico da concorrência*, op. cit., p. 260).



No segundo caso, a atuação de políticas econômicas pela não-aplicação da lei antitruste se traduz na possibilidade de o Estado afastar a aplicação da lei antitruste, eliminando ou amenizando, por exemplo, a vigilância ou controle sobre o processo de concentração<sup>140</sup>. O Estado tem interesse em desenvolver determinados segmentos do seu mercado e, para tanto, utiliza mecanismos protecionistas para fomentá-los. Paula Forgioni relata o caso do cartel de produtores suíços de relógios, que celebraram acordos de controle de produção, preços e distribuição, e que jamais foi reprimido pelas autoridades antitruste suíças. Outra prática também bastante ilustrativa é aplicada pela Inglaterra: há mais de um século, pois os cartéis entre os armadores são aceitos, não obstante seu caráter restritivo da concorrência, por se entender que constituem um fator de estabilização e eficiência do mercado. Deliberadamente, pois, o governo inglês não aplicou a lei antitruste nacional contra esses acordos.<sup>141</sup>

É possível concluir, portanto, que a finalidade última da legislação antitruste não é a defesa da concorrência, mas serve como instrumento de implementação de políticas econômicas, de modo a alcançar fins econômicos específicos que melhor atendam às necessidades do Estado.

---

<sup>140</sup> FORGIONI, Paula Andrea, *Os fundamentos do antitruste*, op. cit., p. 195.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 196-197.

## 8 CONCLUSÃO

A Constituição federal de 1988 inaugurou uma nova ordem econômica no Estado brasileiro. O Estado passou a intervir na economia, fiscalizando, incentivando e planejando a atividade econômica, de sorte a influir na livre iniciativa e orientar o curso do mercado. Essa intervenção é fundada nos ditames da justiça social e pauta-se nos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país; encerrando um modelo econômico que busca o bem-estar social.

O modelo econômico do bem-estar social revela preocupação com a preservação dos direitos às liberdades e com as questões sociais, buscando conciliar desenvolvimento econômico e social. Essa tarefa de conciliação de interesses não é simples, requer políticas públicas aptas a modelar o sistema, nos termos constitucionalmente estabelecidos, contemplando justiça social sem reprimir o direito à livre iniciativa.

A efetivação desse modelo econômico depende de uma série de medidas e instrumentos legais, dentre eles o direito concorrencial que, como visto no decorrer deste trabalho, não tem um fim em si mesmo, mas é um instrumento de implementação de políticas econômicas que permite ao Estado conformar o mercado, nos termos da ordem econômica inscrita na Constituição Federal de 1988.

## BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. São Paulo: Global, 1987.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

ALMIRO, Affonso. *Questões de técnica e de direito financeiro*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1957.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ASCENSÃO, J. Oliveira et al. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo, 1996.

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao direito da concorrência: Brasil, globalização, União Européia, Mercosul, ALCA*. São Paulo: Singular, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Campus, 1982.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília, DF: Editora da universidade de Brasília, 1991. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BROSETA PONT, Manuel; MARTINEZ SANZ, Fernando. *Manual de derecho mercantil*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2005. v. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição federal comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1952. v. 3.

COELHO, Fábio Ulloa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORREA, Carlos Maria et al. *Temas de derecho industrial y de la competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.

\_\_\_\_\_. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DÍAS, José Ramón Cossío. *Derecho y analisis económico*. México: Instituto tecnológico Autônomo de México (ITAM), 1997.

DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

EUCKEN, Walter. *Cuestiones fundamentales de la economia política*. Madrid: Alianza, 1967.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FONSECA, José Júlio Borges da Fonseca. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Atlas, 1997.

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

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

HART, Herbert L. A. *Direito, liberdade, moralidade (Law, Liberty and Morality)*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

HORTA, Raul Machado. *A ordem econômica na nova Constituição: problemas e contradições*. In: *A Constituição brasileira, 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 388-392.

HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito, I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARX, Karl e Friederich Engels. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Global, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra 1979.

\_\_\_\_\_. *A ordem jurídica do capitalismo*: Coimbra: Centelha, 1973.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: University Press, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 63.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Abuso do poder econômico*. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: UEL, 1998.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION DEVELOPMENT (OECD). *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Paris, 2003.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

RAMOS, Marcelo de Matos. Antitrust and predation: reflections on the state of art. (MF/SEAE. Documento de Trabalho, n. 5, out. 2000). Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2000-1/doctrab05.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2000-1/doctrab05.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2006.

SERRA ROJAS, Andrés.. *Derecho económico*. México: Porrúa, 2000.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

SAINT-SIMON, Henri e outros. *O socialismo Pré-Marxista*. São Paulo: Global, 1986.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; SOUSA, Isabel Ramos de; LIMA, Marcos André M. *Tipologias de dumping*. (MF/SEAE. Documento de Trabalho, n. 17, ago. 2002). Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2002-1/doctrab17.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab17.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SINGER, Paul. *O que é economia*. São Paulo: Circulo do livro, 1984. v. 21.

SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

\_\_\_\_\_. *Direito econômico e economia política*. Belo Horizonte: Prisma, 1970. v. 2.

SPINDEL, Arnaldo. *O que é socialismo*. Brasília: Brasiliense, 1980.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Chicago: William Benton, 1952.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*. St. Paul: West Publishing, 1977.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TAYLOR, Overton H. *História do pensamento econômico: idéias sociais e teorias econômicas de Quesnay a Keynes*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. London; Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.