

DIREITO CONCORRENCIAL E A DISCIPLINA JURÍDICA DO PODER ECONÔMICO

*Clarice Garcia de Campos, Franciellen Bertoncello, Julio Cesar Coelho Pallone e Carlos Alexandre Moraes**

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias; 2. Legitimidade e abuso do poder econômico; 3. Direito concorrencial e regulação; 4. A ampliação do âmbito do direito concorrencial no contexto da reforma do Estado; 5. Controle de condutas e controle das estruturas de poder econômico; 6. A sistemática das infrações contra a ordem econômica na Lei n°. 8.884/94; 7. Conclusões; 8. Referências; 9. Glossário.

1. Notas introdutórias

O presente trabalho tem como objetivo o estudo sobre o direito concorrencial no Brasil.

Busca-se traçar inicialmente a legitimidade e o abuso do poder econômico demonstrando que em nosso ordenamento jurídico, não se pune a posição dominante em si, e sim, o uso indevido do poder econômico, infringindo, deste modo, os princípios da liberdade econômica, liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência.

Feito estas primeiras inferências, passa-se a abordar sobre a possibilidade do uso da concorrência no âmbito das atividades reguladas, onde àquele seria invocado para limitar a ação dos agentes econômicos.

A atuação do Estado no contexto do direito concorrencial é analisada com um breve apanhado histórico, sendo demonstrado, ao final, a situação atual em que nos encontramos.

Passa-se então ao estudo do controle de condutas e estruturas do poder econômico, para então se chegar a sistemática das infrações contra a ordem econômica na Lei n° 8.884/94, Lei Antitruste.

* Mestrando em Direito da Empresa e do Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR.

A metodologia empregada para a realização e elaboração do presente trabalho foi a Hipotético-Dedutiva.

2. Legitimidade e abuso do poder econômico

No Brasil, não se pune a posição dominante em si. Conforme dispõe o art. 20, § 1º, da Lei nº. 8.884/94, a posição dominante resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* do mesmo dispositivo. Consagra-se, deste modo, a vantagem competitiva do agente econômico: se há maior eficiência, nada se deve punir¹.

Todo abuso do poder econômico resulta, na maioria das vezes em desvio de poder econômico, uma vez que mesmo, em si, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade, como a nossa, regida por normas constitucionais que consagram a liberdade de iniciativa, a função social da propriedade, a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, e a expansão das oportunidades de emprego. Desta forma, vale dizer que, o poder econômico só pode ser reprimido quando orientado à dominação do mercado ou quando atua de forma lesiva à concorrência.

No entanto, deve-se fazer as seguintes indagações para se saber até que ponto a conduta do agente econômico figura como lícita ou ilícita: como fica a concorrência, ainda que lícita, quando a mesma prejudica outros agentes econômicos? ou então: Qual é o limite que indica à licitude do prejuízo causado? Até que ponto deve ser suportado o exercício das vantagens decorrentes da superioridade do agente econômico?

Pode-se dizer, que a concorrência pode prejudicar os concorrentes e que estes danos, podem ser tidos como lícitos ou ilícitos.

Hoje em dia, da mesma forma que se busca preservar a vantagem competitiva, lícita, decorrente da aplicação das normas de tutela do livre mercado e da livre concorrência, busca-se criar critérios apropriados para determinar, na prática, a separação entre a concorrência lícita, cujos prejuízos causados a terceiros baseiam-se em uma vantagem competitiva, e a concorrência predatória².

Alguns economistas baseiam-se, para responder às questões efetuadas, no critério de diferenciação, isto é, na “eficiência econômica”,

¹ Forgioni, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*, ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 273.

² *Ibid.*, p. 275

onde ocorreria a eliminação de empresas menos eficientes. Este é um dos pontos centrais do pensamento da Escola de Chicago.

Outra forma de explicar a licitude ou ilicitude dos efeitos decorrentes do uso (ou abuso) da posição dominante decorreria da “aplicação do princípio geral que condena, em nosso ordenamento jurídico, o abuso do direito³”. Neste sentido, a utilização do poder econômico se utilizada de forma incompatível, apresentaria restrições, “uma vez que romperia o equilíbrio dos interesses em conflito ou do desvio da finalidade do direito, da sua destinação social e econômica”, situação esta, que atingiria não somente os casos de abuso do poder econômico, mas também os acordos entre as empresas e concentração monopolísticas.

Havendo abuso do poder econômico, pode-se dizer, que o direito que se abusa propriamente dito, é da liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, isto é, todos os poderes que assistem ao agente econômico no Estado Liberal.

Em regra, nada há de ilícito com a utilização do poder econômico, que é a expressão dos direitos acima descritos. O que se busca evitar, é justamente o uso anormal, reprovável, ilegítimo desses direitos.

Antes de abordar o que vem a ser propriamente dito o abuso do poder econômico, deve-se fazer menção do que vem a ser a livre iniciativa e a livre concorrência, uma vez que a infração desses princípios que se visa coibir.

Esses dois princípios não se confundem: a livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas; já a livre concorrência significa o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços não deve resultar de atos da autoridade, mas do livre jogo das forças em disputas no mercado. Essa liberdade não é, porém, ilimitada, e só se justifica quando revela eficiência no desenvolvimento econômico e dela resultem benefícios à comunidade.

A livre concorrência significa a certeza de uma competição honesta, liberta de fraudes e abusos. Trata-se de uma obrigação de meio e não de resultado, pois não se assegura o direito de ganhar, mas apenas o direito de não ser lesado em suas forças pelos adversários.

Não basta ao comerciante que se sente lesado pela concorrência provar que a competição vem lhe trazendo danos econômicos, essa possibilidade de provocar ou sofrer prejuízos faz parte do jogo, conforme abordado anteriormente. Em suma, na defesa da livre concorrência não se cogita a produção de um dano, mas a maneira como esse dano foi produzida;

³ Id.

não se reprime o ato de concorrência, mas sim a deslealdade na concorrência⁴.

São considerados atos de concorrência desleal aqueles contrários “aos usos honestos em matéria comercial ou industrial”, como são definidos pela convenção da união de Paris (art. 10) internalizada pelo Dec. 5.685, de 30.7.29. Na caracterização da deslealdade empresarial necessário se faz a presença da má-fé e da culpa, pois não pode haver abuso involuntário, vale lembrar, que mesmo uma concorrência que elimina ou paralisa um adversário pode ser lícita, só será contrária aos bons costumes se visa realmente lesar ou eliminar o concorrente.

Esta “aniquilação do concorrente” é o *dumping*, que é internacionalmente conhecido como ato de concorrência desleal.

O Brasil é um dos 23 países signatários do tratado internacional denominado GATT (*General Agreement on Tarifes and Trade*, firmado em Genebra, em 30.10.47), que foi internalizado através do Decreto 76.032, de 25.07.75.

O item 1º do, artigo VI, do GATT estabelece: ‘As Partes Contratantes reconhecem que o dumping que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, é condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional. Para os efeitos deste artigo, considera-se que um produto exportado de uma país para outro se introduz no comércio de um país importador, a preço abaixo do normal, se o preço deste produto: a) é inferior ao preço comparável que se pede, nas condições normais de comércio, pelo produto similar que se destina ao consumo no país exportador; ou b) na ausência deste preço normal, é inferior: I - ao preço comparável mais alto do produto similar destinado à exportação para qualquer terceiro país, no curso normal do comércio; ou II - ao custo de produção no país de origem mais um acréscimo razoável para as despesas de venda e o lucro’.

A punição para a prática do dumping está prevista no item 2º, do artigo VI, do GATT: ‘Com o fim de neutralizar ou impedir dumping a parte contratante poderá cobrar sobre o produto objeto de um dumping um direito anti-dumping que não exceda a margem de dumping relativa a este

⁴ O direito brasileiro reprime a concorrência desleal não somente no interesse dos próprios concorrentes, como também no interesse objetivo do consumidor nacional. O escopo da proteção legal da livre concorrência consiste em instaurar no mercado uma competição entre os empresários a fim de permitir, em benefício da coletividade, o sucesso dos melhores na certeza de que isso acarretará o aperfeiçoamento dos produtos e a redução do preço.

produto. Para os efeitos desse artigo, a margem de dumping é a diferença de preço determinada de acordo com os dispositivos do § 1º⁵.

O *dumping* é uma forma específica de abuso do poder econômico. A Lei 8.137/90 define como crime contra a ordem econômica “vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência (art. 4º, VI), e a Lei 8.158/91 estabelece que constitui infração à ordem econômica “vender mercadorias ou prestar serviços sem margem de lucro, visando a dominação do mercado”(art. 3º, XIII). Assim, o elemento objetivo do tipo é a venda por preço abaixo dos custos de produção, sem margem de lucros; e o elemento subjetivo o dolo específico de “dominação do mercado”, “com o fim de impedir a concorrência”. Esse elemento intencional é indispensável à caracterização do *dumping*.

Outra forma de abuso do poder econômico é o monopólio. Entretanto, convém observar que a legislação antitruste brasileira não reprime a conquista de uma posição de dominação no mercado, ou seja, “a posição monopolista não é ilícita, a legislação se preocupa com o ‘comportamento’ de quem tenha adquirido esta posição dominante, é a partir daí que desenvolve o seu aparato repressivo. Embora o conceito fundamental seja o de dominação dos mercados, para que haja abuso do poder econômico no sentido da legislação antitruste, é mister que concorra pelos menos um dos dois outros fatos assinalados pelo dispositivo constitucional citado: a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros”⁶.

Por fim, merece destaque as conhecidas manobras de fixação de preços. A “cartelização” configura uma modalidade de delito econômico. Esta infração à ordem econômica está prevista na lista exemplificativa do art. 21 da Lei Antitruste (Lei n.º 8.884, de 11.06.94) e sujeita às severas punições trazidas pelo texto legal.

3. Direito concorrencial e regulação

A Constituição de 1988 elevou à condição de princípio constitucional norteador da ordem econômica, ao lado do princípio da livre iniciativa⁷, o princípio da livre concorrência⁸.

⁵ Grinberg, M. e outros. Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 96, p. 87.

⁶ Leães, L. G. P. de B. O “dumping” como forma de abuso de poder econômico. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol 91, p.13

⁷ Art. 170, *caput* e parágrafo único, c/c art. 5º, inciso, XIII. A livre iniciativa constitui a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas.

Em sua acepção tradicional, a livre concorrência significa liberdade de desenvolvimento de uma atividade econômica, ou seja, a fixação dos preços não deve resultar de atos da autoridade, mas do livre jogo das forças em disputas no mercado.

Ao se tratar, entretanto, do princípio da livre concorrência, faz-se mister uma limitação desta liberdade, que só se justifica quando eficiente para o desenvolvimento econômico e para beneficiar à comunidade. Desta forma, para garantir a manutenção do sistema, colocam-se limites à atuação dos agentes econômicos, disciplinando seu comportamento no mercado.

Esta intervenção estatal não é incompatível com a ideia de livre concorrência, pelo contrário, a completa. Ao autorizar ou proibir determinado ato, o Estado está evitando comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência⁹.

Através de leis e princípios de direito concorrencial, é possível não só eliminar práticas anticoncorrenciais e os efeitos autodestrutíveis do mercado, mas também, reestruturar o mercado nacional.

O direito concorrencial representa, em verdade, um instrumento do qual o Estado se vale para implementar sua política econômica, pois constitui um meio do governo orientar as decisões dos empresários de modo a alcançar o desenvolvimento almejado.

Franceschini, citado por Celli Junior, p. 60, o direito concorrencial “pode ser entendido como 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 direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade”¹⁰.

As normas de direito concorrencial, na síntese de Celli Júnior¹¹, devem tender a *i*) impedir grupos ou empresas de celebrarem acordos entre eles ou entre eles e terceiros, que restrinjam a concorrência; *ii*) controlar tentativas de grupos ou empresas monopolistas com posição dominante de abusarem de tal posição e de criarem obstáculos ao surgimento de novos concorrentes; *iii*) assegurar que a concorrência factível¹² seja mantida entre

⁸ Art. 170, inciso IV.

⁹ Forgioni, P. A. Op. cit., p. 228.

¹⁰ Franceschini, J. I. G. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 8.

¹¹ Ob. cit., p. 56-57.

¹² (...) concorrência factível caracteriza a forma de mercado em que o número de empresas rivais é certamente menor do que aquele necessário à concorrência perfeita. Porém, os concorrentes envolvidos e outras circunstâncias relevantes permitem a existência de uma grau mais intenso e acirrado de reação mútua do que aquele encontrável em uma situação oligopolística” (Celli Junior, U. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 54-55).

os oligopólios¹³; iv) monitorar e fiscalizar fusões entre grupos de empresas independentes, que possam resultar na concentração do mercado e na diminuição da concorrência.

Assim, o direito concorrencial estabelece limites ao poder econômico, garantindo a livre iniciativa e o declarado objetivo da legislação antitruste de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da Justiça social”, pois este é o escopo da ordem econômica, nos termos do artigo 170 da nossa carta constitucional.

Em que pese a importância do direito concorrencial como forma de conter a expansão descontrolada do poder econômico, com vista à política econômica - que, conforme mencionado, é o fim maior da legislação antitruste - pode-se deixar de aplicar o direito concorrencial. Em nome de objetivos conjunturais e imediatos, é possível o sacrifício do princípio.

Esta possibilidade é admitida tanto pela legislação nacional quanto pelas legislações norte-americana e européia, e encontra sua justificativa exatamente no caráter instrumental da concorrência. Na medida em que não é perseguido como um fim em si mesmo, mas consiste em um instrumento de política econômica, o direito concorrencial pode, inclusive, ser sacrificado para que seja atingido o escopo maior do sistema.

Para que seja afastado o ilícito concorrencial, contudo, mister se faz a existência de uma política governamental que legitime tal atitude e, ainda, uma fiscalização com o escopo de evitar reflexos negativos de tal legitimação no mercado como um todo.

No que tange as práticas restritivas da concorrência, o Brasil adotou o sistema das autorizações. Nos termos do §4º, do artigo 54, da Lei n.º 8.884/94, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) pode autorizar práticas que impliquem em limitação ou prejuízo à livre concorrência, ou resultem na dominação de mercados relevantes¹⁴ de bens ou serviços.

Para que seja concedida esta autorização, a prática restritiva da concorrência deverá ter por objetivo, cumulativa ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico¹⁵.

A limitação do direito concorrencial faz-se sentir no âmbito das atividades reguladas. Como explica o professor Faraco:

¹³ É a forma de mercado onde existe um grau, ainda que mínimo, de concorrência. Geralmente entre duas e oito empresas concorrentes.

¹⁴ Entendido por Celli Junior como a área de comércio, na qual as condições de concorrência e de poder de mercado da empresa dominante têm de ser examinadas (op. cit., p. 71).

¹⁵ Estes objetivos geralmente são característicos dos chamados acordos de cooperação de empresas e dos processos de concentração, como fusões e incorporações.

(...) determinadas normas jurídicas, voltadas às ações dos agentes econômicos podem criar um regime que, em princípio, afasta o direito concorrencial no tocante a certos aspectos da atividade regulada, seja porque estabelecem uma isenção relacionada ao fortalecimento ou à coordenação do poder econômico, seja porque afastam o poder econômico do âmbito de certas decisões.

Isto pressupõe que a positivação de tais normas esteja no âmbito de competência dos respectivos órgãos (executivo e legislativo) e encontre fundamento em princípios de igual ou maior dignidade constitucional em relação àqueles no qual baseia-se o direito concorrencial¹⁶.

A regulação implica na permissão de uma concentração de poder, ou uma coordenação que leve ao fortalecimento de certa posição no mercado; o que se justifica pelos reflexos positivos no sistema como um todo. Em contra partida, para evitar abusos desta posição dominante¹⁷, retira-se do agente econômico a autonomia sobre certas decisões, que passam à competência do poder público para que ele direcione-as conforme uma política econômica pré-definida.

Assim, há duas espécies de normas regulamentadoras: uma com o propósito de limitar a determinado(s) agente(s) econômico(s) a atuação em mercado específico (o que provoca a expansão do poder econômico), e uma outra com o escopo de nortear as atividades deste(s) agentes(s) no sentido de cumprirem os objetivos que justificaram seu fortalecimento.

Entretanto, pode haver uma omissão ou insuficiência no que tange a esta segunda espécie de norma, ou seja, é possível que alguns aspectos do exercício deste poder econômico expandido não sejam regulamentados ou não o sejam de forma eficiente. Constatada esta omissão ou carência, justifica-se a incidência do direito concorrencial nos mercados regulados.

Tome-se, a guisa de exemplo, uma política tarifária que estabelece apenas o valor máximo a ser cobrado. Ela seria capaz de impedir a fixação de preços excessivos, mas insuficiente para impedir abusos no que se refere ao preço mínimo, tal como a venda abaixo do preço de custo: *dumping*¹⁸. Neste caso, o direito concorrencial seria invocado, limitando a ação dos agentes econômicos com fundamento no artigo 20, inciso II, combinado com artigo 21, inciso XVIII, ambos da Lei n.º 8.884/94.

A experiência brasileira permite apontar exemplos concretos nos quais a existência da regulação específica mostrou-se insuficiente para conter o exercício do poder econômico, dando margem à aplicação do direito

¹⁶ Faraco, A. D. *Regulação e direito concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor das telecomunicações*. São Paulo, 2001. 408 p. Tese de doutorado em direito - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 229.

¹⁷ O que, conforme exposto no capítulo anterior, caracterizaria o ilícito concorrencial.

¹⁸ Exemplo trazido pelo Doutor Faraco, op. cit., p. 220.

concorrencial. Neste sentido, foram analisados pelo CADE, no início dos anos noventa, diversos casos envolvendo a indústria farmacêutica que, à época, tinha seus preços controlados. A imputação feita às empresas era de que teriam seguidamente reduzido ou retido a produção de medicamentos, procurando com isso forçar o governo a conceder um aumento de preços. Tratava-se, portanto, de uma situação na qual o próprio órgão regulador via-se incapaz de limitar o poder econômico. Ainda que autorizado pela autoridade competente, o aumento de preço em questão foi alcançado por meio do exercício desse poder, o que permitiu o seu questionamento com base no direito concorrencial¹⁹.

O direito concorrencial, então, é aplicado de forma subsidiária. Inexistindo efetiva limitação ao poder econômico, seja por omissão ou insuficiência de regulamentação, recorre-se às normas gerais de concorrência.

Analisando as hipóteses em que admitiria a incidência do direito concorrencial nos mercados regulados, o professor Faraco acrescenta:

(...) é preciso considerar como as referidas normas²⁰ estão sendo concretamente aplicadas e quais os efeitos que estão produzindo no ambiente econômico. Se não forem eficazes em limitar o poder econômico, ou permitirem o seu exercício além das hipóteses em que uma isenção seria justificável, haverá uma margem à aplicação do direito concorrencial. No primeiro caso porque o poder econômico esta de fato sendo exercido; no outro, porque a isenção criada pela regulação ultrapassou o âmbito em que seria válida²¹.

Assim, em um mercado regulado, haverá a incidência do direito concorrencial quando verificada a possibilidade ou a materialização do abuso do poder econômico, ou seja, quando a ação reguladora não alcança certos âmbitos de exercício do poder econômico ou quando ela mostra-se insuficiente, permitindo que as decisões sejam tomadas pelos agentes econômicos.

4. A ampliação do âmbito do direito concorrencial no contexto da reforma do Estado

Anteriormente tratarmos sobre o atual direito concorrencial no Brasil, devemos fazer um breve apanhado histórico sobre o tema, visando, justamente, a atuação do Estado face o âmbito concorrencial.

¹⁹ Faraco, A. D., ob. cit., 221.

²⁰ O autor refere-se, aqui, às normas reguladoras.

²¹ Ob cit., p. 10.

O Brasil, desde seu período colonial até os anos seguintes à independência, esteve voltado à produção agrícola centrada em poucas culturas e destinadas ao mercado externo. A economia consistia na exploração de grandes latifúndios. Pode-se dizer, que no âmbito da concorrência interna, pouco há que se falar, uma vez que o mercado brasileiro era abastecido por mercadorias estrangeiras, não oferecendo a indústria interna qualquer concorrência. Neste período da independência, também não se tinha políticas protecionistas que possibilitassem o desenvolvimento da indústria nacional²².

No início da década de 30, o Estado brasileiro intensifica sua atuação sobre e no domínio econômico, visando, justamente, conduzir e regulamentar a atividade dos agentes econômicos.

Durante toda a primeira república, no período que vai desde 1889 a 1930, o Estado brasileiro já era um dos mais intervencionistas da América Latina.

Deste modo, em 1934, a livre iniciativa não é vista, também em nível constitucional, em seu sentido tradicional, sendo que a concorrência não era tida como um direito ilimitado dos agentes econômicos. Nesta Constituição, não houve a promulgação de qualquer lei que regulamentasse o processo competitivo, sob uma ótica antitruste.

Iniciou-se então, um movimento pela diminuição da intervenção estatal, havendo manifestações para que o governo se dedicasse apenas às questões sociais, possibilitando, deste modo, que as indústrias tivessem maior liberdade e conseqüentemente, lucros.

O Estado teria suas funções restritas às atividades fundamentais, como defesa externa, manutenção da ordem interna, edição de leis, etc. As decisões econômicas seriam deixadas aos particulares, sem qualquer participação do Estado, limitados e orientados apenas pelos mecanismos auto-regulatórios do mercado²³.

Figuraria o Estado, nesta nova visão, apenas no momento da “falta de iniciativa do particular”²⁴. Este modelo jamais implantou-se de forma completa, mostrando-se incapaz de, sozinho dar conta da orientação das decisões relativas ao emprego dos bens econômicos, seja por imperfeições ou por estar inapto a atender as pretensões sociais.

A Constituição de 1937 atribui ao Estado a tarefa de coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e

²² Forgioni, P. A., ob. cit., p. 100.

²³ Bruna, S. V. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, São Paulo, RT, 1997, p. 102

²⁴ Idem, p. 104

introduzir no jogo das competições individuais os pensamentos dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

Neste contexto, é que o art. 141 impõe a primeira linha de pensamento que norteou o primeiro diploma antitruste brasileiro, equiparando as atitudes contrárias à economia popular aos crimes contra o Estado²⁵.

Para regulamentar este dispositivo, veio o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938. Este primeiro diploma brasileiro antitruste surge com a função constitucional de buscar a tutela da economia popular, portanto, do consumidor²⁶.

Sob esta perspectiva, que visa a proteção da economia popular, o Decreto-lei emanou algumas normas antitruste que perduram até hoje, como por ex., coibição do açambarcamento de mercadorias (art. 2º, IV), manipulação da oferta e da procura (art. 2º, I e II), fixação de preços mediante acordo entre empresas, venda abaixo do preço de custo (art. 2º, V), exclusividade (art. 3º, I), etc.

O prejuízo à concorrência entre os agentes econômicos, fazia-se presente neste decreto, como por ex. no art. 2º, inc. V, que vedava a prática de preços abusivos.

Importante ressaltar, que por este diploma, autorizava-se o Estado a atuar sobre o domínio econômico apenas para neutralizar os efeitos autodestrutíveis decorrentes da própria estrutura do mercado, ele corrigiria as falhas ocorridas.

Em 1945, por iniciativa de Agamenon Magalhães, então Ministro da Justiça, surge o Decreto-lei 7.666, de 22.06.1945, (Lei Malaia) em que se modifica o enfoque trazido pelo Decreto-lei 869, que falava em crimes contra a economia popular. Neste novo decreto-lei, em seu art. 1º, se referia a “atos contrários à ordem moral e econômica”. Pode-se dizer, que este Decreto-lei 7.666/45, surge num período de nacionalismo, de proteção do interesse nacional contra o poder estrangeiro.

Por este Decreto-lei disciplinou a matéria de forma específica, sistemática, voltando-se de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico, onde se busca a intervenção do Estado para garantir a liberdade de concorrência entre os agentes econômicos.

²⁵ Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

²⁶ Diversamente do direito norte-americano, que busca a proteção e manutenção da concorrência, e não na proteção direta do consumidor.

Criou-se a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República.

Competência importante atribuída ao CADE foi a de legitimar acordos em restrição da concorrência²⁷.

A Lei Malaia “colocava nas mãos dos Poder Executivo um instrumento apto a controlar a atividade do poder econômico em território brasileiro, facultando até mesmo a intervenção em empresas que praticassem atos nocivos ao interesse público”²⁸.

Sofreu grande oposição esta Lei, sendo que com a queda de Getúlio Vargas, o mesmo foi revogado, não tendo superado três meses de vigência.

A legislação antitruste foi introduzida no Brasil depois que, pela Constituição Federal de 1946, cristalizou-se no art. 148 o preceito de que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico”. Em 10.9.62, foi promulgada a Lei 4.137, que “regula a repressão ao abuso do poder econômico, sendo a mesma objeto de regulamentação baixada pelo Dec. 52.025, de 20.5.63.

Na Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC 1/69 houve um remanejamento da matéria. No art. 160, dizia-se que a ordem econômica e justiça social, com base, entre outros princípios, na “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (inc. V). Dentro de uma ordem lógica, esse princípio era o último da série, como a salientar que era em função de certos valores éticos-políticos positivos (liberdade de iniciativa, valorização do trabalho, função social da propriedade, solidariedade entre categorias) que deveriam ser caracterizados os valores negativos que informam o conceito de abuso do poder econômico.

Na Constituição de 1988, após elevar à condição de princípio constitucional norteador da ordem econômica, ao lado do princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único, c/c art. 5º, XIII), o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), desloca a questão da repressão ao abuso do poder econômico para o contexto que trata da exploração direta da atividade econômica do Estado (art. 173, §4º)²⁹.

Essa legislação foi reformulada e complementada por uma série de diplomas: a Medida Provisória 276, de 5.12.90, convertida na Lei 8.158, de 8.1.91, e regulamentada pelo Dec. 36, de 14.2.91 e a Lei 8.137 de 27.12.90. Nesses diplomas instituíram-se “normas de defesa da concorrência” e se

²⁷ Fonseca, J. B. L. da. *Lei de proteção da concorrência*. Comentários à Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

²⁸ Idem., p. 113.

²⁹ Leães, L. G. P. de B. ob. cit., p. 07.

definiram os “crimes contra a ordem econômica”. Desde então, a legislação brasileira filia-se ao sistema de defesa à livre concorrência, tendo abandonado o anterior regime de repressão ao abuso.

Apesar da existência de toda esta legislação para proteger a livre concorrência, clamava-se por provisões que enquadrem certos comportamentos antieconômicos de alguns empresários. Então, em 11.06.94, é promulgada a Lei 8.884, a lei antitruste.

5. Controle de condutas e controle das estruturas de poder econômico

A análise do controle das estruturas de poder econômico e do controle de condutas adota a classificação tradicional da doutrina.

Nas obras consultadas encontramos também como controle de condutas, a denominação de controle de comportamentos, termo utilizado pelo doutrinador Calixto Salomão Filho.

O primeiro tipo de controle visa a regulamentar e sancionar o chamado abuso do poder econômico, em suas mais variadas formas. Tem ele sido o objeto principal de atenção dos estudiosos brasileiros do direito concorrencial nos últimos tempos. Essa maior preocupação se justifica. O direito antitruste brasileiro, até mesmo por influência constitucional, se originou dos dispositivos tendentes à proteção dos consumidores contra o abuso do poder econômico.

Só muito recentemente, por força, sobretudo da nova lei concorrencial, passou-se a conjugar à preocupação com o controle dos comportamentos também a preocupação com as estruturas. Não se quer dizer com isso que o poder no mercado seja agora punido por si, em função de sua pura e simples existência. Significa, no entanto, que a formação daquelas estruturas que possam a vir a gozar de poder no mercado só será autorizada caso acompanhada de justificativas que permitam afastar o perigo de abuso. Essa preocupação moderna do direito concorrencial está absolutamente em linha com os desenvolvimentos da teoria microeconômica, que, com base no estudo da racionalidade econômica do comportamento dos agentes no mercado, afirma ser possível presumir que uma posição de excessiva concentração de poder tenderá a ser utilizada de forma abusiva.

Em especial destaque do presente trabalho é a análise das estruturas. Ao fazê-lo, no entanto, aparentemente revelou uma contradição. Uma análise meramente estrutural do poder no mercado levou à conclusão de que não é possível sancionar o poder no mercado em si e por si.

Por outro lado, quando da análise da concentração e de seu controle já se tinha observado que muitas vezes o controle estrutural deve ser

transformado em um controle comportamental para ter maior utilidade e eficácia aplicativa, pois a aprovação condicional, incidirá na análise comportamental. Demonstra-se como os compromissos de desempenho são instrumento eficazes para garantir que essa transformação se opere, desde que respeitados os limites constitucionais.

Esses fatores conjugados poderiam levar até mesmo a duvidar da existência de um controle verdadeiramente estrutural do poder no mercado, claramente distinguível do controle comportamental.

Não é essa, no entanto, a conclusão correta. É inegável que esses elementos indicam no sentido de uma relativização da separação entre controle estrutural e comportamental. Mas é exatamente essa relativização que demonstra a necessidade de uma análise específica das estruturas.

A existência de um controle comportamental mais efetivo com relação a muitas empresas com poder no mercado só é possível graças ao controle estrutural. É o caso, por exemplo, das concentrações sujeitas a compromisso de desempenho. Nesses casos, a existência de um controle comportamental mais agressivo só se torna possível em função da existência de um controle estrutural. Note-se também que esse controle dos comportamentos proporcionado pelo compromisso de desempenho é mais efetivo exatamente porque, sendo baseado em dados estruturais colhidos no momento da análise do ato de concentração, é um controle preventivo. Visa não a coibir abusos, condutas desleais ou tendentes à dominação de mercado, mas sim a garantir o cumprimento de objetivos que evitem que esses fatos venham a ocorrer.

A análise estrutural do mercado, terá em conta a consideração:

a) do número de produtores em concorrência;

Intuitivamente, quando maior for o número de produtores, mais intensa será a concorrência: a coordenação das atitudes individuais será tanto mais difícil quanto maior for o número de competidores

b) da magnitude das barreiras à entrada.

A despeito do número de concorrentes, quando menores forem as barreiras à entrada de novos concorrentes, tanto mais facilmente se conseguirá obter resultados próximos aos competitivos.

A relevância dada à análise estrutural é objeto de intensa polêmica entre os economistas, havendo aqueles que se inclinam a considerar os aspectos estruturais do mercado como decisivos na análise da questão concorrencial (tidos como estruturalistas), e os críticos severos dessa posição, principalmente os economistas filiados à linha de pensamento econômico que se tornou conhecida como Escola de Chicago, por ter surgido no seio da Faculdade de Economia da Universidade de Chicago, notória por sua posição nitidamente liberal.

Para os estruturalistas, nos mercados caracterizados pela alta concentração de poder e pela existência de elevadas barreiras à entrada, a estrutura do mercado seria determinante em relação ao comportamento dos concorrentes e levaria à conduta oligopolística. Por este motivo, essa estrutura de mercado representaria um mal em si, a ser combatido pela política antitruste, já que levaria resultados economicamente indesejáveis, quais sejam escassez e preço elevados. Da estrutura decorreriam a conduta e os resultados, razão pela qual não haveria sentido em combater comportamentos anticoncorrenciais, porque melhor seria combater a causa desses mesmos comportamentos, agindo preventiva e diretamente sobre as estruturas de mercado, de forma a cortar o mal pela raiz. Por isso, de pouco adiantaria a repressão aos comportamentos anticoncorrenciais em mercado de elevada concentração, já que nesta hipótese se estaria combatendo o sintoma e não a causa da doença, razão os desvios de conduta retornariam no futuro, pois seriam inerentes à própria estrutura do mercado. A perspectiva estrutural, portanto, teria extrema relevância quando da análise prévia dos atos de concentração, já que a atividade estatal teria caráter preventivo, e o risco de eliminação da concorrência, advindo da estrutura do mercado, justificaria a atitude do Estado de assegurar que a concentração nos mercados não alcançasse níveis perigosos. Essa relação de causalidade entre estrutura, conduta e resultados anticompetitivos ficou conhecida, nos Estados Unidos, como o *structure, conduct, performance paradigm*, que segundo afirma Hovenkamp, foi desenvolvida por Bain.

Hovenkamp assinala, ainda, que o estruturalismo assumiu grande relevância na disciplina antitruste americana, tendo influencia em grande medida os *Mergers Guidelines*, publicados em 1968.

Para os estruturalistas, então a atitude governamental prudente seria, portanto, somente intervir quando houvesse certeza de que o resultado apurado após intervenção seria melhor do que aquele anteriormente existente. Em caso de dúvida, dever-se-ia optar pela não intervenção.

A doutrina econômica fornecerá elementos para que tal tarefa possa ser desempenhada de forma racional e compatível com a realidade que se deseja regular.

O tratamento administrativo das concentrações empresariais:

Três são os tratamentos jurídicos que se podem dar às concentrações empresariais.

É possível aprová-las pura e simplesmente, aprová-las condicionalmente ou desaprová-las.

Nas duas últimas hipóteses há uma interferência direta do órgão julgador na ordem econômica. É importante, portanto, analisar as conseqüências dessas duas últimas alternativas do ponto de vista jurídico e econômico.

Existe ainda um último dado de política concorrencial que torna extremamente sadia a existência de um controle estrutural. Trata-se da já mencionada preferência pela atuação preventiva em comparação com a atuação sancionatória. Especialmente em um campo como este, em que a prevenção em campo microeconômico podem derivar importantes efeitos positivos macroeconômicos.

Finalmente, o controle das estruturas, exatamente por ser preventivo, reforça e põe em especial destaque a idéia da razoabilidade, tão cara ao direito concorrencial.

O critério da razoabilidade, fundamental para a análise das concentrações e cooperação entre empresas, supera com vantagem a intervenção mais severa das regras *per se* que geralmente acompanham o controle comportamental. Não existem critérios formais a caracterizar o ilícito, mas apenas critérios de razoabilidade econômica, talvez de compreensão para a mentalidade formalista do jurista e para o raciocínio lógico matemático de muitos economistas (que leva, por vezes, à formulação de teorias unifocais, como é a dos néo-clássicos de Chicago), mas que seguramente melhor refletem as necessidades empresariais e sociais relacionadas ao direito concorrencial.

5.1. Análise das participações de mercado

Cumpra mencionar, ainda, que a análise das participações de mercado serve também para a aferição da intensidade da concorrência nele existente, através da utilidade dos índices de concentração econômica, dentre os quais se destacam a Razão de Concentração das Quatro Maiores Empresas - CR4 e Índice Herfindahl-Hirschman - IHH.

A CR4 representa a soma das participações percentuais de mercado das quatro maiores empresas nele existentes e foi o índice mais utilizado nos Estados Unidos até a reformulação dos *Mergers Guidelines* ocorrida em 1982. Quando da aplicação desse índice, através da soma das quatro maiores participações de mercado, resultasse um percentual igual ou superior a 75%, tinha-se o mercado como altamente concentrado.

Todavia, esse índice por si só não retrata com exatidão o nível de concentração existente, assim, por exemplo, a CR4 será igual a 80% se as quatro empresas detentoras das maiores participações de mercado detiverem, cada uma, participação igual a 20%, entretanto, a expressão do índice será a mesma, caso tenhamos uma empresa com a imensa fatia de 74% do mercado, e três pequenas concorrentes detentoras de participações somente na casa dos 2% cada uma. Evidentemente, na segunda hipótese haveria muito maior risco à concorrência do que na primeira.

Já o IHH melhor retrata essas disparidades. Esse índice representa a soma dos quadrados das participações de mercado de todos os concorrentes. A adoção do exponencial como critério é fácil de se explicar, porque caso todas as participações de mercado, expressas em percentuais, fossem somadas, sem terem sido elevada à segunda potência, o resultado seria invariavelmente igual a 100 (100%). Se elevadas ao quadrado, ao contrário, os resultados variarão sempre, conforme seja a dimensão de cada uma das participações levadas em conta. Assim, o resultado máximo do índice será de 10.000 (100²). No exemplo anterior, caso teríamos um IHH de 1.600, enquanto no segundo ele seria igual a 5.488. Os *Mergers Guidelines* de 1992 adotam o IHH como parâmetro da análise da concentração existente no mercado. Se o índice for igual ou inferior 1.000, os Guidelines têm o mercado como não concentrado. Entre 1.000 e 1.800, moderadamente concentrado. E, acima de 1.800 o mercado é considerado altamente concentrado.

Há problemas práticos na utilização tanto de um quanto de outro índice, a ponto de Hovenkamp afirma que ainda não foi demonstrado que um deles é melhor do que o outro, segundo as características do mercado analisado. Muito embora se possa afirmar que a prática de atos anticoncorrenciais é mais provável em mercados atomística, o dimensionamento da concentração através dos mencionados índices é mera tentativa de previsão da probabilidade de ocorrerem comportamentos anticompetitivos no mercado. Prever os impactos concorrenciais de um ato de concentração não faz parte de uma ciência exata e, também aqui, uma série de outros fatores deve ser levida em conta, muitos dos quais podem ser avaliados apenas aproximadamente. Nesse caso, tal como na análise da posição dominante, a investigação não se pode limitar às participações de mercado e à sua representação através dos aludidos índices.

6. A sistemática das infrações contra a ordem econômica na Lei nº. 8.884/94

A aplicação e a eficácia da legislação antitruste dependerá da compreensão de alguns princípios que orientarão a sua aplicação.

A lei é incapaz de englobar todos os casos.

A interpretação da lei é fundamental para sua aplicação, ao caso concreto.

Os princípios do Direito econômico surgem como guia para os órgãos que irão aplicar a lei.

Para entendermos a postura do legislador frente a aplicabilidade da legislação antitruste, vamos utilizar a divisão elaborada por Giorgio Bernini:

O primeiro grupo - Formado pelos EUA - “proíbe os acordos e práticas restritivas da concorrência de forma taxativa, sem admitir exceções.”

O segundo grupo - Formado pela Inglaterra - Canadá - Alemanha e França. Estes entendem que “os acordos em detrimento da concorrência somente serão considerados ilícitos se deles provier um dano efetivo”.

Por último, o terceiro grupo - Formado pela Áustria - Dinamarca - Suécia - Países Baixos. Estes criam legislações para impedir as restrições da concorrência e as formações de oligopólio e monopólio, apesar de não considerar essas formações danosas.

Uns defendem que as práticas descritas em lei que tem como finalidade ou efeito restringir a concorrência são declaradas ilícitas e por isso mesmo proibidas, sem que se tenha que analisar seus resultados, seus efeitos.

Outros entendem que não basta a simples descrição legal do tipo de atitudes, para que se declarem ilegais e proibidas, mas será sempre necessário indagar os efeitos sobre os concorrentes.

a) Princípio da liberdade de comércio: este é o princípio da liberdade à iniciativa, é essa liberdade que vai sustentar o regime da concorrência. O princípio da liberdade de iniciativa é que dá sustentação a garantia de entrada e permanência no mercado.

Apesar de existir a liberdade, a autoridade pública pode colocar limitações. A recusa da venda de bens ou da prestação de serviço é proibida, entretanto essa recusa não é absoluta, pois o fornecedor ou o prestador de serviços pode se negar a vender a quem não paga ou não quer pagar corretamente.

b) Princípio da liberdade contratual: a legislação antitruste e de proteção ao consumidor não veio para extinguir esse princípio, sua aplicação é para tentar manter um equilíbrio entre as partes, na hora da contratação.

c) Princípio da Igualdade: seu objetivo é garantir possibilidade de todos se manterem no mercado, independente de sua organização, obrigando que seus membros não impeçam e não eliminem seus concorrentes.

d) Princípio da não-discriminação: o significado da palavra discriminação aqui, corresponde ao ato de distinguir, pode ter, três conteúdos.

i) aplicar um tratamento desigual a pessoas que se encontrem numa situação comparável;

ii) aplicar a pessoas que se encontrem em situações diferentes um tratamento desigual que não é justificado por essa diferença;

iii) aplicar um tratamento igual a pessoas que não se encontrem em situações comparáveis

- e) Princípio da transparência do mercado: tem-se nesse princípio a lealdade como pressuposto básico, com isso torna-se obrigatória a publicidade. Os preços devem ser publicados, com a finalidade de impedir práticas abusivas, permitindo com isso que os consumidores e os concorrentes conheçam os preços.
- f) Princípio da análise econômica: esse princípio está relacionado ao progresso econômico, e sua preocupação é de controlar as ofensas à concorrência.

A sistemática das infrações contra a ordem econômica na Lei n.º 8.884/94.

A lei n.º 8.884/94, que dispõe sobre a Defesa da Concorrência, estabelece em seus artigos 20 e 21:

As circunstâncias descritas podem estar ensejando lesões à concorrencialidade no mercado nacional, vez que a empresa receptora dos incentivos governamentais pode oferecer preços muito inferiores aos das demais empresas. Poderá ocorrer ainda o domínio do mercado pela empresa beneficiada, tendo em vista que as empresas já existentes, bem como as novas, não terão condições para competir com os preços oferecidos pela mesma, por mais que promovam a redução dos seus, posto que têm que arcar com os custos e obrigações regulares de um empreendimento.

Os efeitos deste cenário anticoncorrencial já estão refletido em outros Estados e podem até mesmo alcançar efeitos no âmbito do MERCOSUL.

No Estado de São Paulo, por exemplo, não são poucas as empresas que já vivem este momento. Muitas foram obrigadas a encerrar suas atividades por não poderem competir neste ambiente privilegiado. O Governo do Estado de São Paulo recebe, constantemente, manifestações de preocupação por parte de vários setores da iniciativa privada, que temem enfrentar concorrentes subsidiados por outros Estados.

O Estado ao conceder esses benefícios tributários e financeiros também estaria infringindo a ordem econômica, uma vez que é o responsável pelas lesões à concorrencialidade.

7. Conclusões

Não se pune a posição dominante em si, mas sim o uso abusivo, o desvio do poder econômico.

Podemos considerar como forma de abuso do poder econômico o chamado *dumping*, o monopólio, cartel, ou qualquer outro meio de uso indevido do poder econômico.

A livre concorrência significa liberdade de desenvolvimento de uma atividade econômica, entretanto, para garantir a manutenção do sistema, colocam-se limites à atuação dos agentes econômicos, disciplinando seu comportamento no mercado.

Esta intervenção estatal evita comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e, valendo-se de leis e princípios de direito concorrencial, serve de instrumento para o Estado implementar sua política econômica.

Assim, o direito concorrencial estabelece limites ao poder econômico, garantindo a livre iniciativa e o declarado objetivo da legislação antitruste de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da Justiça social”.

Em que pese a importância do direito concorrencial, com vista a mencionada política econômica (fim maior da legislação antitruste), é possível o sacrifício do princípio.

Para que seja afastado o ilícito concorrencial, contudo, mister se faz a existência de uma política governamental que legitime tal atitude e, ainda, uma fiscalização com o escopo de evitar reflexos negativos de tal legitimação no mercado como um todo. A prática restritiva da concorrência deverá, ainda, ter por objetivo, cumulativa ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico.

A limitação do direito concorrencial faz-se sentir no âmbito das atividades reguladas. Neste mercado vigoram leis específicas, entretanto, o direito concorrencial é aplicado de forma subsidiária. Assim, em um mercado regulado, haverá a incidência do direito concorrencial quando verificada a possibilidade ou a materialização do abuso do poder econômico, ou seja, quando a ação reguladora não alcança certos âmbitos de exercício do poder econômico ou quando ela mostra-se insuficiente, permitindo que as decisões sejam tomadas pelos agentes econômicos.

8. Referências

BRUNA, S. V. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

CELLI JUNIOR, U. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FARACO, A. D. *Regulação e direito concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor das telecomunicações*. São Paulo, 2001. 408 p. Tese de doutorado em direito - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

FONSECA, J. B. L. da. *Lei de proteção da concorrência: Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, J. I. G. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINBERG, M. e outros. Direitos anti-"dumping" e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 96, 1994.

LEÃES, L. G. P. de B. O "dumping" como forma de abuso de poder econômico. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol 91, 1993.

9. Glossário

Concorrência perfeita - Pressupõe multiplicidade de compradores e vendedores, em número tal que a participação de cada um deles na oferta ou procura global seja insignificante, isto é, incapaz de afetar de forma sensível os volumes oferecidos ou procurados e, portanto incapaz de modificar o preço de equilíbrio ou de mercado. A saída ou entrada individual no mercado não influirá sensivelmente nas curvas de oferta ou procura.

A quantidade produzida por unidade produtora será de tal sorte insignificante que uma eventual redução de preço por parte de qualquer dos concorrentes fará com que a produção total deste seja imediatamente vendida, sem que seus concorrentes possam disso se aperceber. Mais além, por força da composição das quantidades procuradas com o custo marginal individual, conforme adiante abordado, o modelo pressupõe mesmo que, para o concorrente individual, não seja economicamente possível aumentar a quantidade ofertada através de uma redução individual de preço, já que, com preços reduzidos, a fim de não apurar receitas inferiores aos seus custos, deveria ele diminuir e não aumentar a produção.

No modelo da concorrência perfeita, portanto, o preço de mercado é bastante absolutamente uniforme.

Monopólio - Aquele que detém um privilégio de marca é titular de um monopólio, não há dúvida: somente ele poderá oferecer produtos no mercado com a identificação de sua marca. Mas este fato pode não ter nenhuma relevância no campo da política antitruste, o mesmo se podendo dizer em relação ao titular de uma patente.

Poder econômico - A caracterização do poder econômico, para finalidades da repressão a seu abuso, dependerá previamente, da delimitação do que seja o mercado relevante onde ele se manifesta. No âmbito do mercado relevante, podem ser incluídos diversos produtos sucedâneos, perfeitamente intercambiáveis ou não. Lá, também, titulares de monopólios legais, como os de marca ou de patente, poderão estar em feroz competição, sem que nenhum deles tenha parcela de poder econômico juridicamente relevante, sob. o ponto de vista da política antitruste.

Oligopólios - A análise para a existência da política antitruste, no tocante aos oligopólios, pressupõe a existência entre eles de qualquer “acordo de preço”, hipótese em que se configuraria um cartel.

Cartel - pressupõe acordos expressos ou tácitos no âmbito comercial, com intuito de criar preços artificiais no mercado. Em verdade, não há necessidade de que haja poucos competidores para viabilizar a formação de um cartel. Um sindicato de panificação ou de motoristas de táxi pode fazê-lo, mesmo na presença de muitos competidores, através da divulgação de tabelas de preço obrigatórias. Mas é indubitavelmente mais fácil que o acordo de preços se forme em mercados oligopolizados.

O cartel age como um monopolista: procura dimensionar o nível da oferta global no ponto em que se igualem os custos marginais e a receita marginal; o preço, produto, será o de monopólio, caso o cartel todos os concorrentes.

Barreiras à entrada Sistema de atividade econômica que impede a entrega de novos concorrentes. Para Stigler as economias de escala não representam barreiras à entrada, a doutrina norte-americana, acompanhado a lição de Bain, considera-as como tal. Na presença do fenômeno das economias por escala, por exemplo, a empresa que detenha poder econômico poderá exercer sua política de preço a fim de, dimensionar seus lucros excedentes em níveis algo inferior ao ponto de maximização de lucros não atraente a entrada de seus concorrentes.

Escala mínima de eficiência - E o equilíbrio entre custo, produção e preço. Ela poderá ser de tal magnitude que o concorrente potencial possa prever que o preço decorrente do aumento de oferta, ocasionado por seu ingresso, viria a ser de tal forma reduzido, que sua entrada no mercado não se justificaria economicamente.

Mercado relevante - A gênese do conceito de mercado relevante, termo que constitui um anglicismo, decorrente da tradução literal da palavra *relevant*, cujo sentido, ao contrário de relevante, não é o de importante (aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente. Assim, mais do que o mercado importante relativo, ou mercado pertinente, no qual os produtos dele integrantes são, em conjunto, objetivo da concentração de ofertas e procuras que caracterizam a própria noção econômica de mercado.

Destarte, o mercado relevante é aquele que se compõe de produtos concorrentes. É interessante notar que já revogada Lei 8.158/91, ao dar nova redação à alínea *d* do art. 74 da Lei 4.137/62, fez menção aos atos que “não impliquem eliminação da concorrência em parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes. No entanto, logo a seguir, o legislador parece ter-se deixado atrair pelo anglicismo, na nova redação que deu ao 2.º do mencionado art. 74, ao ter determinado a necessidade de submeterem-se à secretaria Nacional de Direito Econômico os atos de concentração empresarial em que a empresa resultante participasse com mais de vinte por cento do mercado relevante”.

Mas mercado relevante já é expressão consagrada entre nós, e não há motivo para buscar-se a substituição da palavra relevante por outra que melhor lhe traduza o sentido. Importa, isso sim, aprender-se o correto sentido do termo, já que o mercado relevante, para os efeitos da disciplina antitruste, nem sempre é econômica ou politicamente importante.

Hovenkamp conceitua mercado relevante como o menor grupo possível de operações de compra e venda no qual as elasticidades de procura e oferta se apresentem suficientemente baixas, a ponto de tornar possível a uma empresa hipotética, que detivesse 100% de participação em tal mercado, aumentar de forma lucrativa os preços, apreciavelmente acima dos seus custos marginais, através de redução do volume.

Nível de poder econômico - Medir-se o nível de poder econômico de alguém significa aferir-se a intensidade da razão em que suas vendas caem à medida que os preços sejam aumentados, pouco importando qual seja o motivo de tal redução de vendas, se a substituição por outro produto, ou mesmo a simples privação da necessidade dos consumidores (*the choice to do with*).

Elasticidade cruzada da procura expressa a razão das variações da procura por um determinado produto em função de variações no preço de outro produto.

Discriminação de preços - Tem-se por discriminação de preços a cobrança de preço diferenciados sem justificativa na variação de custo. Se determinada empresa, sem aparentes razões de custo, cobra preços diferenciados em duas diversas localidades, tal fato está a demonstrar que, em pelo menos uma delas, essa empresa goza de substancial parcela de poder econômico.

Quando esses meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um só indivíduo ou um grupo de indivíduo, são dominados por uma empresa ou grupo de empresa, evitando que outros deles também possam dispor, há abuso do poder econômico.

É obvio que, fora dos modelos econômicos ideais, muito comum será encontrar indivíduos com alguma capacidade de exercício de controle

sobre os preços, sem que isso assuma necessária relevância no campo da política antitruste. Dessa forma, o poder econômico não se caracteriza como uma questão de tudo-ou-nada, mas sobretudo como uma questão de grau. Pode ocorrer que o poder econômico desfrutado por um determinado agente, apesar de existente, não se revista da magnitude necessária para tornar-se objeto da atividade antitruste do Estado. Por outro lado, um outro agente econômico poderá vir a ser objeto dessas preocupações, mesmo não desfrutando de poder de caráter absoluto, por estar, em certa medida, limitado pelas condições impostas pelo mercado.

Saldo melhor juízo, não se justifica a restrição que os norte americanos fazem ao definirem o conceito de *market power* como a capacidade de elevar os preços acima dos níveis competitivos, através da redução da oferta, concepção essa que se limita injustificadamente a abordar o problema sob o ponto de vista da oferta, provavelmente porque a disciplina antitruste americana põe relevância no monopólio do que no monopólio.

Uma empresa ou grupo de empresas controlar em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, a ponto de exercer influência preponderante sobre os respectivos preços. Ao mesmo tempo, definiu como abuso do poder econômico a fato de dominar mercado nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência, através das práticas elencadas nas alíneas *a* a *g*, do inc. II do art. 1º daquela lei.

Posição dominante - Pode-se dizer que posição dominante é aquela que confira seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante.

No dizer de Carvalhosa, posição que confira a seu titular “uma capacidade decisória que transcende às leis concorrenciais”, e cujos exercícios abusivos possa prejudicar a concorrência em nível juridicamente relevante. Tem-se, assim, caracterizado o controle de parcela substancial do mercado relevante, a que refere o 1º do art. 20 da Lei 8.884/94, que pode ser exercido, ainda segundo a lei, como fornecedor, intermediário, adquirente, ou financiador de produto, serviço, ou de tecnologia e eles relativa.

Em relação ao sentido do verbo dominar, encontramos dois significados possíveis. Um primeiro, mais intenso (que denominou exclusivo), significa elevar-se acima de estar sobranceiro a alguma coisa. De outro lado, um sentido mais brando (que denominou não exclusivo), de exercer autoridade ou poder sobre algo. Diante desses dois sentidos da palavra, manifestou o entendimento de que o termo dominar mercados nacionais deveria ser tido na acepção mais branda do verbo dominar, de

forma a permitir que se enquadrassem, na mencionada expressão legal, as situações em que não houvesse propriamente um monopólio, ou uma empresa substancialmente mais forte do que as demais, mas também aquelas em que houvesse poucas empresas detentoras de grande influência sobre o mercado, ou seja, uma hipótese de dominação coletiva, com isso, buscou colocar também os oligopólios sob o regime da lei 4.137/62.

Já para Pontes de Miranda, a expressão dominar mercados nacionais significava “ficar em condições de poder impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima, ou de regular, ao seu talante, as ofertas”.

Assim, por exemplo, na prática de vendas casadas (*tying arrangements*) e na exigência de pacto de exclusividade (*exclusive dealing*), a participação de mercado necessária varia ao redor de 30%.

Mas é o direito norte-americano que parece ter inspirado o legislador brasileiro, ao adotar o conceito de posição dominante. Como efeito, o art. 86 do Tratado de Roma, da Comunidade Econômica Européia, firmado no ano de 1957, qualifica de incompatível com o mercado comum o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. A expressão posição dominante, ao contrário de direito norte-americano, foi adotada expressamente no seio do tratado da Comunidade Européia.

Barreiras institucionais: Se uma empresa detém um privilégio legal, consiste numa atividade que lhe tenha sido delegada por um Estado ou outra autoridade pública, deve exercê-lo de forma a não abusar dos poderes que lhe tenham sido conferidos, a fim de não se dar espaço a objetivos outros como o de dificultar a importação de automóveis por agentes autônomos, no caso da Bélgica, eis que necessitam os agentes autônomos de laudo de inspeção veicular, declarando de qualidade os automóveis por eles importados. A questão refere-se, bem se vê, à existência de barreiras institucionais.

A fim de dimensionar o poder de mercado dos diversos agentes econômicos, adotou a lei brasileira o critério de participação no mercado, ou *market share*, como a ele se referem os norte-americanos, associado subsidiariamente ao faturamento, este para fins de obrigatoriedade de submissão ao CADE dos atos de concentração econômica. Com efeito, o art. 20 da lei 8.884/94, em seu § 2.º, estabelece presunção de existência de posição dominante quando haja participação de mercado igual ou superior a vinte por cento do mercado relevante, ao passo que o art. 54 da mesma lei obrigou a submissão ao CADE dos atos que resultassem em tal participação percentual, bem como daqueles em que qualquer dos participantes tenha registrado um faturamento bruto anual, no último balanço, igual ou superior a cem milhões de Ufir.

Por outro lado, deve-se ampliar o período analisado, uma vez que somente lucros, persistentes são indicativos de poder econômico, ao passo que lucros eventuais não necessariamente denotam sua existência.

Não se pode perder de vista que o poder econômico é, fundamentalmente, a capacidade de controlar os preços e não a parcela de mercado detida por um determinado agente econômico. Assim, mesmo que se consiga apurar participação de mercado dentro dos parâmetros eleitos por presunções legais, isto não demonstra a existência efetiva de poder econômico, mas representa tão somente a inversão do ônus de prova respectiva, que ficará a cargo do agente econômico que tenha se enquadrado na presunção. A investigação sobre a existência de poder econômico, em nível juridicamente relevante, é sempre indispensável, já que na ausência de poder econômico não há possibilidade de desempenho da atividade antitruste do Estado, pois não havendo poder não haverá abuso a coibir.