

O poder econômico no mercado e o seu controle na legislação antitruste

Rodrigo Garcia da Fonseca

Sumário

1. Introdução. 2. Poder econômico no mercado. 2.1. Poder econômico. 2.2. Formas de obtenção do poder econômico. 2.3. Direito Societário e Direito Antitruste. 3. A identificação do poder econômico. 3.1. As manifestações do poder econômico. 3.2. Critérios de identificação do poder econômico. 3.3. A noção de mercado relevante. 4. Controle do poder econômico na legislação antitruste. 4.1. Finalidades da legislação antitruste. 4.2. Natureza da legislação antitruste. 4.3. Setores regulados. 4.4. Técnicas de controle do poder econômico. 4.5. A legislação antitruste no exterior e no Brasil. 5. Conclusões.

1. Introdução

O objeto do presente trabalho, como descrito no título, é a análise do poder econômico no mercado e do seu controle no âmbito da legislação antitruste.

O primeiro aspecto a ser abordado, de modo a garantir a sistematização do estudo, refere-se à própria definição de poder econômico. Em seguida, ver-se-á quais são as formas de obtenção do poder econômico por parte das empresas e como se relacionam as normas do Direito Societário e do Direito da Concorrência.

O passo seguinte é o exame das diferentes maneiras pelas quais se manifesta o poder econômico e dos critérios de sua identificação para os fins da legislação antitruste.

No tocante ao controle do poder econômico no âmbito das normas de defesa da

Rodrigo Garcia da Fonseca é Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo com Especialização em Direito da Empresa (PUC/RJ) e em Economia e Direito da Concorrência e da Regulação (UFRJ).

livre concorrência, serão abordadas as finalidades e a própria natureza jurídica da legislação antitruste. O trabalho segue com considerações sobre o controle do poder econômico em determinados setores regulados da economia e sobre as técnicas legais de controle preventivo e repressivo. Finalmente, o estudo é encerrado com um painel resumido das principais características das normas antitruste de controle do poder econômico nos Estados Unidos, na Europa, no Mercosul e no Brasil.

2. Poder econômico no mercado

Não é fácil definir o que vem a ser o poder econômico no mercado. Economistas e juristas tentam fazê-lo, mas nem sempre concordam com as opiniões uns dos outros. Trata-se de figura mais fácil de reconhecer empiricamente do que de definir na teoria. Diz-se corriqueiramente, e aceita-se a afirmação, por exemplo, que as grandes empresas transnacionais têm poder econômico. Mas o que nelas revela tal poder? O que significa deter poder econômico?

Não é possível estabelecer qualquer forma de controle do poder econômico, como pretende a legislação antitruste, sem antes definir e identificar justamente o objeto desse controle, ou seja, o poder econômico.

Assim, a definição, ainda que difícil, é pressuposto necessário para o estudo do Direito da Concorrência.

2.1. Poder econômico

Dentro da linha liberal e clássica da teoria econômica, especialmente a partir da obra de Adam Smith, o mercado livre tenderia ao modelo da concorrência perfeita, no qual produtores e consumidores chegariam a um ponto de equilíbrio, maximizando o bem-estar da sociedade mediante a produção e comercialização de bens aos melhores preços possíveis.

Num tal cenário de concorrência perfeita, nenhuma empresa teria poder maior do que a outra, não sendo possível que os agen-

tes econômicos individualmente pudessem distorcer essa situação de equilíbrio concorrencial e fazer prevalecer os seus interesses particulares sobre os da coletividade.

Na vida real, porém, não é isso que se observa, e o modelo da concorrência perfeita não passa efetivamente de um modelo, teórico e ideal, uma abstração dissociada daquilo que se vê na prática.

Dentro desse contexto, a própria existência do poder econômico, por meio do qual determinadas empresas são capazes de impor ao mercado a sua vontade, em maior ou menor grau, é resultado da existência de falhas no sistema de mercado¹.

Ao mesmo tempo que o acúmulo de poder econômico nas mãos de determinados agentes econômicos revela a presença de imperfeições no mercado, não se pode negar que, do ponto de vista de cada empresa individualmente considerada, numa economia capitalista voltada para a obtenção do lucro, conseguir e aumentar o poder econômico é o principal objetivo a ser almejado.

Se de um lado a teoria da eficiência capitalista se baseia na excelência do mercado, de outro as empresas querem amealhar cada vez mais poder econômico, aproveitando-se das falhas desse mesmo mercado para aumentar os lucros. Esse paradoxo se faz presente na análise da legislação antitruste de todos os países, como veremos, e não pode jamais ser esquecido ou menosprezado.

É comum se definir o poder econômico de uma empresa no mercado, simplisticamente, como o poder de aumentar os preços dos seus produtos. Mas a definição é pobre e incompleta. Há outros atributos inerentes ao agente econômico que detém poder, tão importantes quanto o de aumentar os preços.

Calixto Salomão Filho (2002, p. 83) bem mostra que o detentor de poder econômico tem, na realidade, uma opção, na qual o aumento de preços é apenas uma das várias escolhas que se apresentam. O agente economicamente poderoso tem a possibilidade de escolher entre uma maior participação no mercado com menor lucratividade

de ou uma menor participação no mercado com maior lucratividade.

Não se pode esquecer, porém, que tal possibilidade de escolha tem uma dimensão quantitativa e uma outra temporal. Só se fará efetivamente presente o poder econômico se o agente for capaz de manipular o mercado em níveis quantitativamente significativos (com relação ao mercado como um todo, seja em participação ou em preços) e por um período considerável de tempo (desconsiderando-se, assim, as situações conjunturais e passageiras).

Nessa ótica, uma definição bastante completa e abrangente é aquela dada por Michael J. Trebilcock e Robert Howse (1999, p. 464). Em termos econômicos, o poder significa a capacidade de aumentar preços, ou reduzir aspectos concorrenciais não ligados diretamente ao preço, de modo lucrativo, acima dos níveis de competição do mercado, em montantes não triviais, e por um período extenso de tempo.

Uma observação adicional é importante. A experiência demonstra que o poder econômico resulta normalmente não só em acúmulo crescente de recursos financeiros, como também em forte capacidade de influência política na região em que atua (ou quer atuar) o agente poderoso, interferindo na própria atividade normativa e reguladora do Estado.² Essa situação tende a perpetuar o poder econômico nos mesmos setores sociais e cria riscos sérios para a democracia.

Com tais conceitos em mente, passamos ao ponto seguinte.

2.2. Formas de obtenção do poder econômico

A primeira e mais óbvia forma de crescimento de uma empresa ou agente econômico, adquirindo poder econômico, é mediante o aumento das vendas, produção e lucro, por meio da eficiência. Sendo mais eficiente que os seus concorrentes, uma determinada firma coloca produtos melhores no mercado, a preços mais competitivos, com boas margens de lucratividade. Com o lucro acumulado, cresce, produz mais, fixa a sua marca,

aumenta a sua participação no mercado, obtém ainda mais lucro e com o tempo se coloca em situação perfeitamente lícita de poder.³

Por outro lado, além de se obter poder econômico por meio da competição no mercado, também é possível obtê-lo, ou aumentá-lo, falseando essa mesma competição. É possível que o exercício de práticas abusivas e desleais por parte de uma empresa tenham o efeito de minar os concorrentes, enfraquecendo-os e alçando-a a uma condição de poder econômico superior. A legislação antitruste reprime tais comportamentos e considera o poder econômico assim obtido ilegítimo.

Outra maneira de falsear a concorrência, obtendo ou consolidando o poder econômico, é a combinação de ações de alguns agentes econômicos em detrimento dos demais. É o caso, por exemplo, dos acordos de divisão de mercado, ou de fixação artificial de preços, e demais práticas oligopolísticas e de cartelização. Tais atuações concertadas tendem a não ser explícitas, uma vez que são normalmente consideradas ilícitas pela legislação antitruste, e freqüentemente é difícil comprovar concretamente a sua existência.⁴

Finalmente, dá-se a obtenção do poder econômico pela concentração empresarial, que pode tomar várias formas. Podem ser citadas as concentrações horizontais, entre empresas que desempenham a mesma atividade; as concentrações verticais, entre empresas que desempenham atividades sucessivas ou entrelaçadas dentro de uma determinada cadeia produtiva; e a formação de conglomerados, entre empresas que desempenham atividades independentes e não relacionadas entre si.⁵

Do ponto de vista contratual e/ou societário, tais concentrações tomam as mais variadas formas. Há operações de fusão ou incorporação de empresas; há as chamadas fusões de fato (ou *de facto mergers*), por meio de permutas de ações ou permutas de ações por ativos; há reengenharias empresariais e montagem de grupos de sociedades e conglomerados; há a aquisição de controle societário, acordada ou hostil; há a alienação

de ativos, como a compra e venda de fábricas, de marcas, etc.; há a pura e simples alienação de participações de ações ou quotas; há os acordos de acionistas; há a formação de consórcios e *joint ventures*, entre outras operações.⁶

2.3. Direito Societário e Direito Antitruste

Em tese, o Direito Societário é neutro com relação à concorrência. O seu objetivo não é proteger a livre competição entre os agentes econômicos, mas sim regular as relações entre os sócios das empresas.⁷

É possível, no entanto, que a legislação societária facilite a concentração de poder econômico dependendo de quais forem as suas normas. Um exemplo brasileiro, na Lei nº 6.404/76, é a norma que permite a emissão, pela sociedade anônima, de ações preferenciais, sem direito a voto, em até 2/3 do capital social. Ora, se a empresa tiver 2/3 do seu capital em ações preferenciais, é possível ao acionista adquirir o seu controle, com 51% do capital votante, comprando apenas 16,7% do capital total da sociedade, o que é muito mais barato do que se todo o capital fosse votante, ou se apenas uma pequena parcela fosse não votante.⁸

Da mesma forma, as regras relativas ao direito de recesso, ou aquelas tocantes às ofertas públicas obrigatórias de aquisição de ações de minoritários, afetam diretamente o preço de aquisição das sociedades anônimas, e, portanto, o preço de determinadas concentrações empresariais, facilitando ou dificultando, conforme for o caso, a obtenção do poder econômico por parte das firmas.

Por outro lado, os direitos de participação de acionistas minoritários na gestão de empresas e as normas de responsabilidade dos administradores e dos acionistas controladores são regras que afetam diretamente (ainda que de forma involuntária) a gestão, atuação e consolidação do poder econômico do âmbito das empresas.

De outra parte, o operador do Direito Antitruste deve entender certos conceitos da legislação societária. É preciso compreen-

der os mecanismos internos de tomada de decisões das empresas, a noção de controle individual ou compartilhado e os direitos decorrentes de acordos de acionistas, tudo de modo a verificar se é possível que um determinado acionista, isoladamente ou em conjunto, exerça influência determinante sobre os destinos do negócio.⁹

Para efeitos da legislação antitruste, é preciso averiguar, em cada situação dada, quais agentes econômicos têm capacidade de influenciar os rumos da sociedade e em que grau. Assim, o Direito Concorrencial deve entender os princípios do Direito Societário, ainda que não se preocupe necessariamente com vários deles, e por vezes até mesmo os ignore.

Um exemplo desse divórcio entre os princípios societários e concorrenciais se verifica na questão da personalidade jurídica. Para o Direito Antitruste, não importa se várias empresas têm existência legal distinta, desde que tenham controle comum, pertencendo a um mesmo grupo econômico. No Direito Antitruste, prevalece a noção econômica de empresa, e não a noção estritamente jurídica de cada sociedade com personalidade jurídica independente.¹⁰

Os conceitos a serem fixados nesse campo, portanto, são vários. O Direito Societário é em princípio neutro com relação à questão da livre concorrência, mas pode influenciá-la, facilitando ou dificultando o surgimento e a consolidação do poder econômico de empresas e grupos empresariais. Por outro lado, para a correta aplicação do Direito Antitruste, é preciso compreender vários institutos de Direito Societário, ainda que nem sempre os princípios jurídicos aplicáveis a um desses ramos do Direito sejam aplicáveis ao outro.

3. A identificação do poder econômico

Para que seja passível de controle, o poder econômico deve antes ser identificado, o que tampouco é tarefa simples. Mas como se manifesta esse poder?

3.1. As manifestações do poder econômico

Já vimos que o poder econômico dá ao agente a capacidade de aumentar a sua lucratividade a níveis superiores aos de uma hipotética situação de concorrência perfeita, seja mediante aumento de preços, seja por meio de outros comportamentos anti-concorrenciais.

A teoria microeconômica está baseada no conceito do agente econômico racional. Sendo o objetivo primordial das empresas a maximização dos lucros, o postulado do comportamento racional indica que elas farão tudo o que puderem para atingir tais objetivos. Buscarão a melhor relação possível entre o custo de produção, o preço de venda do produto e a quantidade de produtos vendidos.

Como o poder econômico possibilita à empresa justamente maximizar os seus lucros, mediante vários tipos de comportamentos, inclusive o aumento de preços, o comportamento racional da empresa que detém poder econômico será no sentido de exercer, tanto quanto for possível, esse poder. Noutras palavras, a microeconomia prevê que o poder econômico, quando existente, será sempre exercido.¹¹

A situação de poder econômico mais evidente é a do monopólio. O único fornecedor de um determinado bem tem o grau máximo de domínio sobre o mercado. A principal e mais fácil forma de o monopolista maximizar os seus lucros é pela redução da oferta e do respectivo aumento do preço, regulando a relação entre os dois elementos da forma mais lucrativa possível.

São vários os aspectos negativos decorrentes de tal comportamento monopolístico racional. Revela-se para a sociedade o que a doutrina chama de perda do peso morto (*dead weight loss*). A redução da oferta do produto implica a redução do consumo deste. Assim, consumidores que estariam dispostos a adquirir o produto a preços competitivos deixam de usufruir das suas utilidades, pois ficam incapacitados de consu-

mi-lo em razão da oferta reduzida e do preço elevado.¹²

Do ponto de vista distributivo, há uma transferência de renda dos consumidores para o monopolista. Este, como mostra a experiência, faz gastos pesados em *lobbies* governamentais destinados unicamente a manter a sua posição de monopólio, exercendo forte influência política e direcionando recursos para atividades não produtivas. Os monopolistas freqüentemente têm a capacidade até de enfrentar governos e resistir a políticas macroeconômicas, aumentando os preços mesmo em contextos de combate ferrenho à inflação. Paralelamente, o monopolista tende a não investir em inovações tecnológicas ou em qualquer tipo de melhoria de eficiência, em razão da sua cômoda posição sem concorrentes.¹³

Os oligopólios, como visto acima, caracterizam-se na maior parte das situações por acordos tácitos entre as poucas empresas que dominam o mercado. Tais acordos tendem a produzir um aumento paralelo e progressivo dos preços, mediante o mecanismo conhecido como *price leadership*. Uma empresa aumenta o seu preço e as demais seguem logo após, igualmente elevando os seus preços em níveis semelhantes. Empresas oligopolísticas tendem a também coordenar um processo de diferenciação entre os seus produtos, criando nichos de mercado para cada uma e viabilizando aumentos de preços. Em oligopólios, identifica-se ainda uma manutenção de participações estáveis no mercado ao longo do tempo.¹⁴

Os monopsônios e oligopsônios, concentrações de poder econômico no lado da demanda, e não da oferta, merecem análise em separado. Se obtêm vantagem na compra do insumo, o comportamento racional de tais agentes econômicos será de não repassar tais benefícios ao consumidor dos seus próprios produtos, mas só poderão impor os preços que desejarem se ostentarem poder também no mercado do produto final. Portanto, do ponto de vista exclusivo do consu-

midor final, monopsonios e oligopsonios são em princípio irrelevantes.¹⁵

Seja qual for a estrutura do mercado, há outros comportamentos que normalmente revelam a existência de poder econômico, sendo manifestações típicas.

Contratos de exclusividade, vendas casadas, diferenciação entre consumidores (cobrando mais daqueles que têm maior poder aquisitivo ou que necessitam mais do produto) são alguns exemplos.

O *dumping*, ou seja, a venda a preços abaixo dos custos mínimos de comercialização, também é freqüentemente empregado pelos poderosos como forma de eliminação da concorrência.¹⁶ Embora aparentemente a redução predatória de preços fuja do comportamento racional tradicionalmente esperado da empresa, na prática pode ser uma forte arma para expulsar do mercado os competidores existentes, e inclusive afugentar quaisquer concorrentes em potencial.

Em resumo, são várias as formas de manifestação do poder econômico, e devem ser avaliadas caso a caso, dentro do contexto fático de cada situação colocada.

3.2. Critérios de identificação do poder econômico

O aumento de preços como critério identificador do exercício do poder econômico é o mais utilizado. É o que povoa até mesmo o imaginário popular, na figura do empresário poderoso e ganancioso que aumenta seguidamente o preço dos produtos em detrimento dos consumidores. Mas o critério é falho, em vários aspectos.

Em primeiro lugar, é possível que a situação de poder econômico esteja tão consolidada com o tempo que o preço já esteja nos níveis de lucratividade mais altos. Em tal situação, não haverá aumento de preços, pois um aumento acarretaria uma queda de consumo desvantajosa para a empresa, mas a simples manutenção dos preços será uma forma de exercício do poder econômico.

Por outro lado, nem sempre o agente detentor do poder econômico aumenta os seus

preços. Como visto acima, há outras maneiras de exercer o poder econômico, e muitas vezes este se manifestará com outra feição. Já se abordou o exemplo da hipótese de *dumping*, na qual até mesmo o monopolista poderá ter uma política de agressiva baixa de preços.

De outra parte, a capacidade de aumentar preços muitas vezes é decorrência direta da eficiência do agente econômico, e não do exercício ilícito do poder econômico. É o caso, por exemplo, da empresa que investe em inovações e passa a produzir determinados bens de consumo com qualidade superior à dos produtos dos seus concorrentes. O consumidor aceita pagar mais por um produto melhor.

Finalmente, a dificuldade de obtenção de informações completas sobre todo o ciclo desde a produção até a distribuição dos produtos, e das distintas realidades das várias empresas, faz com que seja extremamente complexo, quando não impossível, definir um preço teórico de competição perfeita, acima do qual os aumentos de preços seriam abusivos e decorrentes do exercício do poder econômico. O mundo real é muito mais complicado do que os modelos abstratos da microeconomia clássica.

No mesmo passo, é comum pretender identificar o exercício do poder econômico com a figura do lucro excessivo ou do aumento arbitrário de lucros. Mas como definir se uma determinada lucratividade é excessiva? Da mesma forma como o aumento dos preços, o aumento do lucro pode ser decorrente da eficiência da empresa ou da ocorrência de situações conjunturais. Logo, o aumento do lucro só poderá ser considerado excessivo ou arbitrário se for o resultado do exercício do poder econômico, confundindo-se, assim, causa e efeito.

Diante de tantas dificuldades, as legislações antitruste costumam identificar critérios objetivos de poder econômico presumido. Normalmente, é tida como possuidora de poder econômico a empresa que detiver uma certa participação mínima do mer-

cado (*market share*) e/ou que ostente um determinado faturamento. Enquadrando-se na hipótese legalmente prevista, a empresa passa a ser monitorada, tendo que comunicar e/ou pedir autorização para práticas ou contratos que possam colocar em risco a livre concorrência.

3.3. A noção de mercado relevante

De outra parte, não se pode aquilatar o poder econômico de um agente no mercado sem definir, ainda, qual é exatamente o seu mercado de atuação. O poder econômico se manifesta dentro de um espaço determinado, que é conhecido pela doutrina como o “mercado relevante”. Fora do seu mercado relevante, a atuação do agente econômico é inócua.

O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.¹⁷

Duas são as dimensões básicas do mercado relevante, reconhecidas por todos os autores. Uma dimensão substancial, ou seja, qual é o produto (ou são os produtos) transacionado(s) nesse mercado, e uma dimensão geográfica, ou seja, qual é a área física na qual tais transações ocorrem ou podem ocorrer. Calixto Salomão Filho (2002, p. 98) ressalva que a doutrina mais moderna adiciona uma terceira dimensão, a temporal.

O enquadramento do mercado relevante nem sempre é simples. As definições são flexíveis e freqüentemente afetadas por avaliações subjetivas.

Justamente em função da subjetividade envolvida na definições dos mercados relevantes, e dos conceitos elásticos aí empregados, Paula Forgioni (1998, p. 199-218) fala em “válvula de escape”, por meio da qual se pode flexibilizar a incidência das normas antitruste de controle do poder econômico.

A conclusão é intuitiva. Quanto maiores os mercados relevantes, menor será a avaliação do poder de cada agente econômico; quanto mais restritos forem os mercados re-

levantes, maior será a identificação de situações de poder econômico merecedoras de atenção e controle por parte das autoridades de defesa da concorrência.

3.3.1. Mercado relevante de produtos

Para a definição do mercado relevante de produtos, é preciso definir quais os bens são vistos pelos consumidores e produtores como substitutos uns dos outros. Se, na falta de um produto, o consumidor aceita adquirir um outro, pois o considera de utilidade semelhante, então ambos os produtos farão parte do mesmo mercado relevante substancial.

Para tanto, é preciso analisar os comportamentos passados de produtores e consumidores dos produtos em questão, inclusive as relações de preços. O comportamento dos vendedores e dos compradores leva em conta a possibilidade de substituição dos produtos, um pelo outro e vice-versa?

Na falta de manteiga, os consumidores compram mais margarina? Se aumenta o preço da margarina, aumenta o consumo de manteiga? O produtor de manteiga se interessa em passar a produzir margarina quando o preço daquela se torna atrativo? Nas suas estratégias comerciais, o fabricante de margarina leva em conta a atuação dos fabricantes de manteiga? Se as respostas forem positivas, chegar-se-á à conclusão de que manteiga e margarina são substitutos e compõem um único mercado relevante. Caso contrário, haverá um mercado relevante de manteiga e outro mercado relevante de margarina.¹⁸

A tais relações entre a oferta e a demanda de dois ou mais produtos se denomina elasticidade cruzada de oferta ou demanda, conforme for o caso. Quanto maior a substitutividade de um produto por outro, maior será a elasticidade cruzada e vice-versa.¹⁹

A análise das relações passadas de elasticidade cruzada, entretanto, também apresenta riscos. Em mercados altamente concentrados, o preço do produto poderá ser

tão alto ao longo do tempo que a elasticidade cruzada com produtos substitutos tenderá a ser grande, mesmo que para o consumidor a substituição seja parcial e imperfeita. O analista será induzido a acreditar que a substitutividade entre os produtos considerados é maior do que ela efetivamente seria numa situação mais próxima da concorrência perfeita.²⁰

Tampouco podem ser ignorados os custos de substituição dos produtos, tanto para os produtores como para os consumidores. A substituição, mesmo quando desejada, nem sempre é factível.

Para os produtores, há os custos de redirecionar a produção, comprar novas máquinas ou adaptar as existentes, treinar pessoal, fazer propaganda, entre outros.

Para os consumidores, além da questão do gosto pessoal de cada um, a substituição também pode ter um custo, que, conforme o caso, não é desprezível. Parar de comprar ou alugar vídeos para passar a comprar ou alugar DVDs envolve o custo de comprar o aparelho de reprodução de DVDs (como ocorreu na mudança tecnológica dos LPs para os CDs). Existe ainda a situação conhecida como de *lock in*. Uma vez adquirido um produto, muitas vezes num ambiente competitivo, o consumidor fica preso a determinados fornecedores de carácter monopolista. O consumidor pode escolher vários fabricantes ou modelos de automóveis ou de aparelhos eletrônicos. Mas, uma vez que comprou um determinado veículo ou aparelho, fica preso à sua rede de assistência técnica e peças de reposição. O custo para trocar de fornecedor de peças de reposição envolve aquele de comprar outro veículo ou aparelho, de outro fabricante (que por sua vez colocará o consumidor em nova situação de *lock in*).²¹

Por fim, ainda que se considere um produto como substituto do outro, e portanto integrante de um mesmo mercado relevante substancial, existe a necessidade de se determinar quanto da produção de cada bem deverá ser considerada no mercado unifi-

cado, o que nem sempre é óbvio, notadamente do ponto de vista da oferta.²²

3.3.2. Mercado relevante geográfico

Definido o mercado de produtos, é preciso definir então o mercado geográfico. A produção de um determinado local poderá se deslocar e ser vendida em outras regiões? Terão os consumidores de um lugar facilidade para comprar os produtos de outro local?

A análise pode ser razoavelmente simples em algumas situações. A concorrência entre padarias se dá nos bairros. Dificilmente alguém se desloca para longe para comprar pão. Já o consumidor de restaurantes, ou supermercados, normalmente está disposto a um deslocamento um pouco maior, embora normalmente não vá sair de uma cidade para outra.

Do ponto de vista da oferta, os fornecedores têm uma região na qual são capazes de distribuir os seus produtos, o que dependerá dos recursos de cada um, do seu sistema e dos custos de distribuição, do tipo de produto (perecível ou não perecível, por exemplo) e de uma série de outros fatores, como as tarifas de importação ou barreiras sanitárias, no caso de fornecedores estrangeiros.

Em algumas situações, novas tecnologias podem ampliar os mercados geográficos para consumidores e fornecedores, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de vendas de produtos por telefone ou por *internet*.

Também com relação ao mercado geográfico, há dificuldade em se definir qual a quantidade da produção de uma determinada região será capaz de ser direcionada para outra, caso isso se torne economicamente interessante. É um exercício em cima de hipóteses e, como várias outras análises nesse campo, envolve um alto grau de subjetivismo, freqüentemente impregnado dos conceitos ideológicos daquele que define os critérios do exame.

É inegável, no entanto, que a existência de mercados comuns internacionais e o

movimento de globalização econômica vêm alargando os mercados geográficos para um grande número de produtos.

4. Controle do poder econômico na legislação antitruste

Como visto no início, a concorrência perfeita é um modelo teórico ideal, que não se reproduz com todas as suas características no mundo real. No entanto, considerando-se as virtudes do modelo, a legislação de defesa da livre concorrência pode combater as falhas do mercado e fazer com que, ainda que artificialmente, mediante a intervenção do Estado, as empresas e o mercado se comportem o mais próximo possível da teoria.

Para tanto, é indispensável que se submeta o poder econômico a diferentes formas de controle, de modo a impedir que ele seja exercitado em detrimento da concorrência.

4.1. Finalidades da legislação antitruste

Não é pacífico, no entanto, o entendimento quanto a quais são as finalidades primordiais da legislação de defesa da concorrência e tampouco a sua natureza jurídica.

Dependendo da ideologia dominante, “defender a concorrência” pode ter vários significados e pode ser conseguido de maneiras diversas.

Na realidade, não se pode falar no tema como um assunto fechado e definido. Como bem lembra Paula Forgioni (1998, p. 149-153), as funções exercidas pela legislação antitruste serão tão variadas quanto forem distintos os locais e momentos históricos de sua aplicação e normalmente estarão relacionadas às políticas econômicas então prevaletentes.

Diz-se que a livre concorrência faz funcionar a “mão invisível” do mercado, citada por Adam Smith. Mas o Direito de Defesa da Livre Concorrência vai além da mera garantia de funcionamento da mão invisível.

Nos Estados Unidos, onde surgiu no final do século XIX, inicialmente com o *Sher-*

man Act, o Direito Antitruste tinha um exacerbado caráter político. Servia para o combate aos grandes monopólios e grandes grupos empresariais, como as ferrovias e a indústria do petróleo, que, naquele momento histórico, acumulavam um excesso de poder econômico e, por conseguinte, também de poder político.

Consolidada essa visão, no início dos anos 60, a Suprema Corte dos EUA chegou a dizer, no caso *Brown Shoe*, que a lei expressava uma opção de política econômica aprovada pelo Poder Legislativo no sentido de favorecer uma economia pulverizada, de pequenas empresas locais.²³

No entanto, com o passar dos anos, economistas e empresas passaram a identificar a perda de competitividade de companhias americanas com as restrições impostas pelas normas antitruste, e surgiram novas concepções. O poder econômico passou a ser visto como uma necessidade, desde que apto a promover a eficiência econômica, e não mais como algo ruim em si mesmo. O pensamento da chamada Escola de Chicago, ou neoclássica, começou a dominar a Suprema Corte a partir dos anos 80 e do Governo Reagan.²⁴ As autoridades se tornaram muito mais receptivas às fusões de empresas, como solução de sobrevivência num mercado internacional cada vez mais duro, a tal ponto que, nos anos 80, de dez mil fusões notificadas, o Governo Norte-Americano só questionou vinte e oito.²⁵

Já na Europa, e notadamente na Alemanha, historicamente a legislação protegia a lealdade da competição, ou seja, regulava a boa-fé na relação entre as empresas concorrentes no mercado. Paralelamente, porém, havia a formação de grandes cartéis e monopólios, muitas vezes com o estímulo do próprio Estado. A situação se modificou logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando a política dos aliados para a Alemanha tendeu à descartelização da economia e à cisão compulsória de grandes grupos. Em seguida, porém, o esforço de reconstrução levou à necessidade de um novo pro-

cesso de concentração empresarial, que acarretou modificações na legislação.²⁶

Nesse contexto, a partir do advento do Tratado de Roma, de 1957, e com a consolidação da Comunidade Econômica Europeia, a nova legislação comunitária passou a dar mais ênfase à liberdade de competir das empresas, ao lado da já antiga preocupação da lealdade na competição. Tal tendência se fez sentir também nos vários países europeus tomados individualmente, e persiste até os dias de hoje.

Atualmente, há duas grandes escolas teóricas que balizam as discussões sobre as finalidades da legislação antitruste.

Segundo a Escola de Chicago, ou neoclássica, que hoje prevalece no pensamento norte-americano, o objetivo principal da legislação de defesa da concorrência deve ser a garantia da eficiência econômica das empresas, pois assim se possibilitará a redução dos preços dos produtos e o consumidor final será beneficiado. As teorias da Escola de Chicago, assim, têm grande apelo político-ideológico, por colocarem o consumidor como o grande beneficiário da legislação antitruste.

No entanto, ao aceitar a formação de grandes grupos em nome da eficiência, a linha da Escola de Chicago propicia muitas vezes a concentração do poder econômico. Em tal cenário, nem sempre a redução dos custos de produção serão repassados aos preços dos produtos, pois, como vimos, o agente econômico poderoso tenderá a manter para si os ganhos obtidos.

A influência de conceitos econômicos, no que ficou conhecido como a Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*), base teórica da Escola de Chicago, elimina preocupações valorativas, tais como as questões de justiça distributiva. Também deixa de lado a preocupação com aspectos subjetivos do comportamento do consumidor não ligados diretamente ao preço.

No cenário europeu, ressalta a Escola da Freiburg, ou ordo-liberal, de origem alemã. Para tal linha de pensamento, a legislação

de defesa da concorrência não tem um objetivo econômico predeterminado. Os modelos econômicos buscam uma concorrência perfeita que é impossível, e portanto não podem ser a única base da análise. Quanto maior a concorrência, porém, maior será a liberdade de escolha dos agentes econômicos, de modo que possam descobrir a melhor opção no mercado e o comportamento mais racional. Assim, na esteira de Hayek, o sistema concorrencial se confunde com um processo de descoberta, e a possibilidade de escolha é tomada como um valor em si mesmo.²⁷

4.2. Natureza da legislação antitruste

No Brasil, tradicionalmente nunca se reprimiu o poder econômico por si só, mas apenas o seu abuso. O poder econômico só é combatido quando exercido em deturpação às regras do mercado, pois do contrário é considerado normal e não abusivo.²⁸

E qual seria a natureza da legislação de combate ao abuso do poder econômico, aí incluída a legislação antitruste, ou de defesa da livre concorrência?

Há quem defenda fazer parte do Direito Administrativo. Outros entendem que pertence ao Direito Penal. Uma terceira posição é dos que a classificam dentro do Direito Econômico.

Parece difícil enquadrar a legislação antitruste no ramo do Direito Administrativo, no entanto, pois este é essencialmente voltado para o funcionamento do Estado e à prestação dos serviços públicos.

Por outro lado, as leis de repressão ao abuso do poder econômico, no Brasil, têm origem na proteção à economia popular, com forte caráter punitivo e criminal. Daí alguns autores ainda considerarem a legislação antitruste como parte do Direito Penal.²⁹

Entendemos contestável, porém, a inserção do Direito Antitruste no âmbito do Direito Penal. A legislação de defesa da concorrência tem como característica uma fluidez e flexibilidade dos conceitos e dos limites das responsabilidades que não se coadunam com os rígidos princípios da legis-

lação criminal, como o princípio da tipicidade.³⁰ Além do mais, as normas antitruste incorporam formas de controle preventivo da atuação do poder econômico, como o controle prévio de fusões de empresas, que tampouco se encaixam nas noções clássicas de Direito Penal, essencialmente punitivas, e não preventivas.

Já o Direito Econômico, entendido como o ramo do Direito que tem por objeto o tratamento jurídico da política econômica e dos agentes que dela participem,³¹ parece a área mais adequada para inserir a legislação de defesa da concorrência.

Tratando-se de uma intervenção regulatória do Estado na ordem econômica, seja permitindo concentrações de empresas, seja dificultando-as, seja reprimindo determinadas condutas, seja admitindo-as, a aplicação do Direito Antitruste bem se amolda aos limites do Direito Econômico.

4.3. Setores regulados

Uma questão que surge frequentemente na aplicação da legislação antitruste é o problema da sua eventual incidência, ou não, em determinados setores da economia já regulados por normas próprias e específicas. É o caso, por exemplo, das concessionárias de serviços públicos e das instituições financeiras.

Calixto Salomão Filho (2002, p. 210-223) discorre a respeito das doutrinas desenvolvidas sobre o assunto nos Estados Unidos. Lá surgiu, com base na forte tradição federalista, a *State Action Doctrine*, segundo a qual não se aplica a legislação federal antitruste a atividades reguladas por um Estado se, cumulativamente, (a) o Estado toma a decisão política de substituir a competição pela regulação e (b) o Estado fiscaliza ativamente a sua regulamentação. Quanto às demais agências reguladoras governamentais, desenvolveu-se ainda a *Pervasive Power Doctrine*, pela qual afasta-se a incidência das normas de defesa da concorrência quando a agência governamental tem, cumulativamente, (a) uma competência tão ampla (que

substitui o sistema de concorrência por um sistema regulado) ou profunda (por receber competência para aplicar, ela mesma, as normas de concorrência) que afasta as normas antitruste comuns da concorrência e (b) a agência efetivamente exerce o seu poder.

É difícil transferir as doutrinas americanas para o Brasil. O federalismo é muito diferente, a Constituição é muito diferente e as normas específicas sobre as competências estatais não se confundem.

No Brasil, por sinal, a Lei nº 8.884/94, o principal diploma legal antitruste, afirma no artigo 15 ser aplicável a todos os setores da economia, mesmo aqueles explorados em regimes especiais de monopólio legal.

Em matéria de instituições financeiras, porém, a Lei nº 4.595/64 atribui ao Banco Central a competência para autorizar as fusões (art. 10, X, "c") e para regular as condições de concorrência, coibindo eventuais abusos (art. 18, § 2º). Considerando que, em virtude do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 4.595/64 só pode ser alterada por lei complementar e que a Lei nº 8.884/94 é lei ordinária, a Advocacia-Geral da União deu parecer no sentido de que esta última não se aplica às instituições financeiras.³²

Há quem sustente, da mesma forma, que, em se tratando de concessionárias de serviços públicos, a competência do Poder Concedente e das agências reguladoras (federais ou estaduais) exclui a incidência da legislação antitruste, a não ser que haja reserva legal explícita.³³

No setor de telefonia, privatizado na gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, há legislação específica (Lei nº 9.472/97) disciplinando a aplicação das normas de defesa da concorrência e dividindo as atribuições da agência reguladora (ANATEL) e das autoridades antitruste (SDE, SEAE e CADE). No setor elétrico, apenas parcialmente privatizado, há um regime híbrido de concorrência e regulação (Leis nºs 9.427/96 e 9.648/98), ainda não totalmente delineado, prevendo-se convênios entre a ANEEL e as autoridades antitruste.

Caberá ao Poder Legislativo explicitar a questão nas demais áreas, mediante a edição de novos diplomas normativos, e ao Judiciário, quando provocado especificamente sobre o tema, decidi-la em definitivo.

4.4. Técnicas de controle do poder econômico

A legislação antitruste dos vários países normalmente se utiliza de duas técnicas principais de controle do poder econômico. Pode haver o controle repressivo, quando a autoridade pune o agente e faz cessar uma determinada prática anticoncorrencial. E pode haver o controle preventivo, nas concentrações empresariais, quando a efetivação destas fica sujeita à apreciação da autoridade antitruste.

No controle repressivo, freqüentemente há condutas que são consideradas ilícitas *per se*. A concorrência desleal é combatida sempre, mesmo que o agente não detenha poder econômico específico ou não se preveleça dele na sua atuação.

Já no controle preventivo, guia-se a autoridade sobretudo pelo princípio da razoabilidade, ou regra da razão (*rule of reason*). Não se impede a concentração por si só, pois, como se viu, o combate não deve ser ao poder econômico apenas, mas ao seu abuso. A concentração empresarial poderá ser permitida se houver justificativas razoáveis que a sustentem como algo positivo, econômica e socialmente. Busca-se antever qual poderá ser a conduta futura das empresas concentradas, de modo a se impedir que possam exercer o poder econômico, que passam a ostentar, de maneira anticoncorrencial.

4.5. A legislação antitruste no exterior e no Brasil

Feitas as considerações acima, o ponto final é a abordagem dos aspectos principais da legislação antitruste nos Estados Unidos, na Europa, no Mercosul e no Brasil.

4.5.1. Estados Unidos

Conforme explicado acima, os Estados Unidos foram o berço da legislação antitruste.

O *Sherman Act*, de 1890, foi a primeira lei de defesa da livre concorrência a ser editada no mundo e ainda hoje é a principal norma na matéria, tendo as leis subseqüentes, como o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos de 1914, servido para complementá-lo e modernizá-lo.³⁴

A *Federal Trade Commission*, ou simplesmente FTC, é o órgão governamental responsável por fazer aplicar as normas de defesa da concorrência, ressalvadas as exceções da *State Action Doctrine* e da *Pervasive Power Doctrine* já mencionadas.

No famoso caso *Standard Oil*, em 1911, a Suprema Corte aplicou pela primeira vez a chamada *rule of reason*, segundo a qual as práticas anticoncorrenciais e o exercício do poder econômico só devem ser repudiados se a restrição que impuseram aos negócios for desarrazoada (*unreasonable*). O princípio passou a ser aceito como regente da aplicação das normas antitruste. Ainda assim, apesar da regra geral, a jurisprudência norte-americana reconhece alguns casos de ilicitude *per se*, ou de falta presumida de razoabilidade, segundo a definição da Suprema Corte no caso *Northern Pacific Railway*, de 1958. São hipótese extremas, como aquelas de acordos de divisão de mercado ou de fixação de preços.³⁵

As autoridades norte-americanas aplicam as suas normas de defesa da concorrência extraterritorialmente. Não importa se a concentração empresarial ou a conduta ocorreu no exterior, pois, se há efeitos nos Estados Unidos, são aplicáveis as suas regras.³⁶

O *Clayton Act* permite que as empresas ou pessoas que se considerem individualmente prejudicadas por práticas anticoncorrenciais de terceiros ajuízem ações indenizatórias, as quais, se tiverem sucesso, dão ao autor o direito à indenização dos seus prejuízos multiplicada por três (*treble damages*). Com isso, houve um estímulo a um grande número de ações indenizatórias baseadas na legislação antitruste, o que mereceu crítica de parte da doutrina e da jurisprudência.

dência, compondo parte do quadro de litigiosidade exacerbada que se observa nos Estados Unidos.³⁷

Finalmente, é interessante notar que, embora a legislação antitruste norte-americana seja famosa pelos casos contra grandes empresas – *Standard Oil*, *AT&T*, *IBM*, *Microsoft*, para citar alguns –, ela tem imensa aplicação em situações locais, impedindo abusos no pequeno comércio das cidades.³⁸

4.5.2. União Européia

No âmbito da Comunidade Econômica Européia, hoje União Européia, as principais normas relativas à defesa da livre concorrência constam do Tratado de Roma, de 1957. O artigo 81 trata dos acordos, associações e práticas que possam ter efeitos anticoncorrenciais, e o artigo 82 disciplina a ilicitude do abuso de posição dominante, terminologia empregada para classificar o abuso do poder econômico.³⁹

Os órgãos de defesa da concorrência, na Comissão Européia, têm competência para editar regulamentação de forma a dar aplicabilidade às normas comunitárias, inclusive no tocante ao controle das concentrações empresariais.

As normas européias não visam apenas manter a livre concorrência, mas também são uma ferramenta de política econômica, sendo aplicadas de modo a favorecer o desenvolvimento econômico comunitário e a competitividade internacional das empresas européias.⁴⁰

O artigo 86, § 2º, do Tratado de Roma (antigo artigo 90, § 2º) cria um regime de exceção para os monopólios fiscais e as empresas encarregadas pelos Estados da gestão de serviços de interesse econômico geral. Tais atividades estão em princípio submetidas às regras antitruste, mas poderão ficar de fora se a aplicação das normas de defesa da concorrência implicarem embaraços e impedirem o cumprimento dos objetivos da delegação recebida.

Os subsídios ou outras formas de estímulo econômico eventualmente estabeleci-

dos por determinados Estados a certas atividades ou regiões, embora possam criar situações artificiais que falseiam a livre concorrência, são apreciados dentro de um exame de razoabilidade, podendo ser aceitos como justificados se aptos a corrigir distorções e a promover o desenvolvimento econômico.⁴¹

Tal como os Estados Unidos, a União Européia aplica as suas normas de defesa da livre concorrência de maneira extraterritorial, bastando que haja efeitos no território comunitário para que as mesmas sejam tidas por incidentes, ainda que os atos ou práticas em questão tenham lugar no exterior.

Cada país também tem a sua própria legislação antitruste. Embora nos últimos anos esteja ocorrendo um movimento no sentido da harmonização da legislação dos vários países, ainda há situações de conflito.

Como princípio, a competência comunitária se limita àquilo que foi definido expressamente no Tratado de Roma (consolidado pelo Tratado de Amsterdã). Fora daí, cada país conserva a sua própria competência legislativa independente e soberana. No âmbito da competência legislativa comunitária, porém, esta prevalece sobre as competências nacionais.

Assim, o Tribunal de Justiça Europeu desenvolveu com o tempo a doutrina da dupla barreira mitigada, também conhecida como a doutrina do efeito útil. As normas comunitárias e nacionais podem ser aplicadas concorrente e cumulativamente, mas, se houver incompatibilidade, prevalece a norma comunitária, por hierarquicamente superior. Mesmo dentro da competência nacional, porém, a norma local deve ser afastada se a sua aplicação resultar na eliminação do efeito útil perseguido pelo Tratado de Roma, no sentido da promoção da livre concorrência. Noutras palavras, os Estados nacionais não podem tomar medidas que anulem o efeito útil das normas comunitárias de concorrência. Por exemplo, o

Estado não pode autorizar uma prática que a União Européia proíbe. Também aí, na análise do conflito, prevalece o princípio da razoabilidade. Para restringir a livre concorrência, as regras estatais excepcionais devem ser razoáveis, proporcionais e necessárias para os fins a que se destinam, mesmo que o objetivo seja de interesse geral (como é o caso em normas sanitárias, tributárias, ou de combate à inflação). Apesar de muitas idas e vindas, e de uma jurisprudência muitas vezes vacilante, esta é, resumidamente, a maneira de solucionar os conflitos entre as legislações antitruste nacionais e comunitárias.⁴²

4.5.3. Mercosul

No âmbito do Mercosul, o diploma fundador do mercado comum, o Tratado de Assunção, não aborda expressamente a questão da concorrência sob o aspecto antitruste. O artigo 1º, porém, proclama ser o objetivo do acordo a eliminação de qualquer restrição não alfandegária à circulação de mercadorias, o que faz a doutrina considerar aí incluídas as eventuais restrições decorrentes de práticas anticoncorrenciais e do abuso do poder econômico.⁴³

Os países membros do Mercosul firmaram em 1996 um Protocolo de Defesa da Concorrência, conhecido como Protocolo de Fortaleza, promulgado no Brasil com o Decreto nº 3.602, de 18.09.2000.

O Protocolo de Fortaleza prevê a futura integração de suas normas aos sistemas jurídicos da cada país, com a harmonização das legislações nacionais. Há um rol exemplificativo de condutas consideradas como anticoncorrenciais e não se prevê o controle de concentrações, embora o artigo 7º acene com a sua futura instituição, o que até hoje não ocorreu. Por outro lado, é reconhecida a competência privativa dos Estados para os atos que gerem efeitos apenas em cada país respectivamente.

A falta de instituições comunitárias fortes como as européias, notadamente um Tribunal de Justiça, faz com que as normas

antitruste do Mercosul estejam muito mais no plano teórico e programático do que na realidade prática, e resta esperar e observar se os países estarão dispostos a efetivamente transferir parcelas significativas de suas próprias soberanias para órgãos supranacionais, cenário que hoje ainda parece distante.

4.5.4. Brasil

As normas antitruste, no Brasil, passaram por interessante evolução histórica, sendo marcante, ao longo do processo, a influência estrangeira, especialmente norte-americana.

O primeiro diploma a promover estruturalmente a repressão ao abuso do poder econômico foi a Lei nº 4.137/62, que tinha origem em regras constitucionais e penas de proteção da economia popular. A mencionada Lei criou o CADE, ainda que com características muito distintas das atuais, e regulava um tanto genericamente a repressão ao domínio dos mercados, às formações monopolísticas, ao aumento arbitrário dos lucros, à elevação de preços, à eliminação da concorrência e à concorrência desleal.⁴⁴

O Decreto nº 52.025/63, no entanto, dispensava de registro os acordos e ajustes que visassem realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza, numa verdadeira carta branca a um sem-número de práticas e concentrações potencialmente anticoncorrenciais.

Por outro lado, como comentado anteriormente, houve momentos em que a política econômica governamental foi abertamente favorável à formação de grandes grupos empresariais nacionais, proporcionando a concentração do poder econômico não apenas consentida, mas estimulada, como foi o caso do II PND, nos anos 70.

Hoje, o arcabouço legislativo de defesa da livre concorrência tem esteio na Constituição Federal, notadamente no § 4º do artigo 173, que remete à lei a repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concor-

rência e ao aumento arbitrário dos lucros”. E, com base nesse dispositivo, foi editada a Lei nº 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia, dando-lhe atribuições e poder dos quais antes não dispunha, e regulou “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”.

A própria norma constitucional dá à matéria uma feição pluralista, concepção essa abarcada no artigo 1º da Lei nº 8.884/94, que define como suas finalidades a observância aos ditames constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão do abuso do poder econômico.⁴⁵

A conquista de mercado e o crescimento da empresa em razão de sua eficiência, sem abuso de poder econômico, são expressamente reconhecidos como legítimos na legislação (Lei nº 8.884/94, art. 20, § 1º).

Há o reconhecimento de que a política econômica pode ser uma justificativa para excepcionar a aplicação rigorosa das normas antitruste, como previsto no § 2º do artigo 54, mas é no mínimo discutível, no sistema constitucional brasileiro, se pode ser o CADE o juiz do que venham a ser “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”. A regra parece transformar o CADE em formulador de política econômica, o que é claramente fora do seu escopo de competência. Além do mais, segundo o artigo 174 da Constituição da República, o planejamento econômico estatal é meramente indicativo para o setor privado, e não determinante, o que torna obscura a constitucionalidade de regra que vincule a aprovação ou não de atos ou contratos de empresas privadas às decisões de política econômica, seja qual for o órgão governamental a decidilas e/ou implementá-las.

Como regra, a concorrência desleal é sempre reprimida, e o seu combate independente de haver ou não poder de mercado.

Por outro lado, a Lei Antitruste é refratária a quaisquer das formas de abuso de poder econômico, e não apenas àquelas que

afetem o consumidor, como se pode depreender dos artigos 1º e 21, V, da Lei nº 8.884/94.

Ainda assim, pode ser sentida na legislação uma forte influência da Escola de Chicago, na medida em que se adota o sistema da regra da razão⁴⁶ para a avaliação de concentrações potencialmente anticoncorrenciais, permitindo-se que estas sejam justificadas mediante a demonstração de ganhos de eficiência, além de outros requisitos, como se verifica do artigo 54, § 1º, da mencionada lei.

A forma jurídica dos contratos ou atos submetidos à apreciação do CADE é irrelevante e não inibe a aplicação das regras antitruste, pois o que importa são os efeitos econômicos que deles possam advir. Nessa linha, admite-se amplamente a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para fins de incidência das normas antitruste.

A Lei nº 8.884/94 criou parâmetros de presunção de poder econômico, como se verifica nos artigos 20, § 3º, e 54, §3º. Uma participação acima de 20% em determinado mercado relevante, ou um volume anual de faturamento bruto a partir de R\$ 400 milhões, coloca a empresa (ou o grupo de empresas) em situação de poder econômico presumido, e portanto sujeita a maiores restrições legais. Tais parâmetros servem mais para a análise estrutural, especialmente em matéria de concentrações, pois, como já se afirmou, em matéria de condutas mais importa a deslealdade da prática em si do que a situação econômica daquele que age.

O artigo 29 da Lei nº 8.884/94 dá ampla legitimação a qualquer um que se considere prejudicado por práticas anticoncorrenciais para ingressar em juízo, pedindo a cessação da prática e/ou indenização, e também permite o ajuizamento de ações coletivas.

Na mesma esteira de outros países, especialmente dos Estados Unidos e da União Européia, a lei brasileira também se considera aplicável de modo extraterritorial, na forma do artigo 2º.

O sistema de controle repressivo dos abusos do poder econômico se encontra cen-

trado nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94. Primeiramente há a definição teórica de tipos ilícitos, para em seguida ser feita uma listagem exemplificativa de condutas inaceitáveis. A doutrina critica a imprecisão técnica do legislador, que parece ter tentado compatibilizar o formalismo do jurista de origem civilística, romano-germânica, com a flexibilidade da regra da razão de origem norte-americana, e acabou criando certas confusões conceituais.⁴⁷

São várias as penas previstas para a prática dos ilícitos dos artigos 20 e 21, podendo chegar até mesmo à fragmentação compulsória da empresa ou grupo de empresas, em caso de reiteradas infrações, como prevê o inciso V do artigo 24.⁴⁸

A parte poderá, em qualquer fase do procedimento administrativo, acordar com a autoridade antitruste um compromisso de cessação da prática sob investigação, cujo cumprimento será posteriormente monitorado, tudo conforme previsão do artigo 53 da Lei nº 8.884/94.

No campo do controle preventivo, ou controle das concentrações empresariais, a legislação submete à apreciação do CADE “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” (Lei nº 8.884/94, art. 54, *caput*). A regra da prévia apreciação do CADE, portanto, aplica-se a quaisquer formas de atos, não importando se de cunho societário ou meramente contratuais. Assim, para tais finalidades, pouco importa, por exemplo, se uma empresa faz uma cisão seguida de incorporação da parcela cindida por outra ou se há simplesmente a venda direta de ativos de uma empresa para a outra. Justamente por ser preventivo, esse controle independe da concretização de qualquer prejuízo à livre concorrência, bastando que a operação em questão seja potencialmente perigosa, ou seja, possa ter efeitos prejudiciais.

Como já se viu acima, os vislumbrados ganhos de eficiência econômica decorren-

tes da concentração poderão justificar a autorização do ato pelo CADE, desde que não seja substancialmente eliminada a concorrência, sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados e os eventuais benefícios sejam distribuídos equitativamente entre produtores de um lado e consumidores do outro (Lei nº 8.884/94, art. 54, § 1º). Nesse contexto, o CADE pode definir compromissos de desempenho para que seja assegurado o cumprimento das condições impostas na lei para a aprovação (Lei nº 8.884/94, art. 58).

Há a possibilidade de aprovação parcial ou com restrições, como já ocorreu em várias oportunidades. Podem ser citados os exemplos dos casos Kolynos, quando a concentração foi aprovada mediante a retirada temporária de uma marca do mercado, ou AMBEV, quando se impôs a obrigação de venda de uma das marcas de cerveja do grupo para terceiros.

Estes são, em apertada síntese, os principais contornos do sistema do controle do poder econômico existentes na legislação antitruste brasileira.

5. Conclusões

O presente trabalho não se pretende exaustivo. Os temas foram abordados aqui em linhas gerais, e são complexos.

O aparecimento e o exercício do poder econômico nos mercados é um dado da realidade, e o seu controle não é tarefa simples.

A legislação antitruste não deve ser utilizada para impedir o desenvolvimento e o crescimento legítimo das empresas, decorrente da eficiência, que é da essência do sistema econômico capitalista. Há quem defenda, por sinal, que o principal objetivo do Direito da Concorrência é justamente promover a eficiência econômica dos agentes no mercado, capaz de beneficiar os consumidores mediante a redução dos preços, ao passo que outros consideram a competição importante em si mesma, por permitir maior possibilidade de escolha para o consumidor.

De qualquer modo, é preciso reconhecer que a legislação antitruste é fortemente influenciada pelas ideologias prevaletentes em cada local e momento histórico e se presta a funcionar como instrumento de política econômica.

No Brasil, a matéria está regulada na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.884/94, que muito modificaram o regime jurídico anterior. O Protocolo de Fortaleza, de 1996, no âmbito do Mercosul, foi promulgado aqui em 2000.

O controle do poder econômico nos mercados está na ordem do dia. Resta esperar e observar atentamente como a questão evoluirá daqui em diante.

Notas

¹ NUSDEO, 1997, p. 317-319.

² SALOMÃO FILHO, 2002, p. 53-54.

³ Como veremos adiante em maior detalhe, de um modo geral as legislações antitruste não reprimem a obtenção do poder econômico por meio dos ganhos obtidos pela eficiência do agente econômico. Somente o exercício abusivo do poder econômico é que será considerado ilícito, não a pura e simples detenção de poder conseguida mediante concorrência lícita e leal no mercado, que nada mais é do que o objetivo perseguido por todas as empresas numa economia capitalista.

⁴ Um caso clássico de cartel que reforça o poder econômico dos seus componentes é a Organização dos Países Produtores e Exportadores de Petróleo, a OPEP, que estabelece quotas de produção e preços para o mercado mundial. Por ser uma organização internacional de países, em torno de um produto essencial, a OPEP pode se organizar explicitamente sem sofrer repressão legal, ficando sujeita apenas às condicionantes da política internacional.

⁵ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 278-279; NUSDEO, 1997, p. 314.

⁶ Para a análise das operações aqui citadas, e outras, no contexto de concentrações empresariais e acúmulo de poder econômico: Batalha, Neto (1996, p. 24-112).

⁷ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 244-245.

⁸ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 247. É interessante notar que a Lei das Sociedades Anônimas é contemporânea ao II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), no qual o Governo Federal adotava como política pública o estímulo à formação de grandes grupos empresariais nacionais, como for-

ma de reforçar a competitividade internacional da economia brasileira. Ver: SOUZA (2003, p. 260).

⁹ NOTARI, 1996, p. 6.

¹⁰ Nesse sentido, vale mencionar um caso interessante analisado pela Comissão da Comunidade Econômica Européia, o caso Kodak, no qual os contratos entre a matriz e uma filial foram considerados irrelevantes para efeitos de concorrência, pois para tais fins as empresas já eram consideradas como uma só. Assim, considerou-se o grupo econômico como sendo uma empresa só. Ver: Comparato (1983, p. 384-385).

¹¹ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 87.

¹² SALOMÃO FILHO, 2002, p. 133.

¹³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 134-135. É importante ressaltar que a teoria dos monopólios se aplica também a empresas que tenham grande participação em mercados nos quais os demais competidores são pulverizados. Em certas situações, porém, há monopolistas que podem ser induzidos a comportamentos tipicamente competitivos em virtude de baixas barreiras à entrada e de alta elasticidade cruzada da demanda. Daí ser necessária, para fins da legislação antitruste, a análise não só da situação de monopólio da empresa em questão, mas de toda a estrutura do mercado no qual atua.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 135-136. Nas páginas subseqüentes, o autor identifica as principais críticas a essas análises em geral aceitas como caracterizadoras dos oligopólios. As ações conjuntas de várias empresas enfrentam inúmeras dificuldades de diferentes naturezas. Observa-se ainda, na prática, que a existência de poucas empresas num determinado mercado muitas vezes acarreta concorrência muito acirrada, e não acordos de oligopólio ou cartel.

¹⁵ Deve ser observado, no entanto, que oligopólios tendem a se converter em oligopólios, tendo em vista a articulação existente entre as empresas. De outra parte, os monopólios podem induzir as empresas à integração vertical, de forma a se formarem grandes grupos com poder econômico ainda maior, até mesmo monopolistas.

¹⁶ BATALHA; NETTO, 1996, p. 146.

¹⁷ FORGIONI, 1998, p. 200.

¹⁸ Como sempre, a economia apresenta modelos teóricos que não se verificam integralmente na prática. Não há produtos substitutos totalmente perfeitos, até mesmo porque o comportamento de cada consumidor nunca é idêntico ao do outro, e as mesmas variações de preços ou escassez de produtos terão resultados variáveis de acordo com uma série de outras condicionantes, como a situação da economia em geral, os hábitos locais, o nível de renda dos consumidores e outros dados.

¹⁹ Para os conceitos de oferta e demanda, elasticidade e demais bases analíticas microeconômicas, ver Nusdeo (1997, p. 261-300).

²⁰ Para descrição do problema, inclusive com exemplo do famoso caso *Du Pont*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual se discutiu a elasticidade cruzada de demanda entre o papel celofane e demais papéis de embalagem ver Posner (1998, p. 326).

²¹ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 104-105.

²² SALOMÃO FILHO, 2002, p. 103-104.

²³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 42.

²⁴ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 43.

²⁵ FRIEDMAN, 2002, p. 392.

²⁶ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 66-69.

²⁷ Para uma análise crítica da Escola de Chica-ga e da Escola de Freiburg ver Salomão Filho (2002, p. 22-28).

²⁸ BASTOS, 2003, p. 230.

²⁹ FRANCESCHINI, 1996, p.16.

³⁰ BATALHA; NETTO, 1996, p. 127.

³¹ SOUZA, 2003, p. 23.

³² Parecer nº AGU/LA-01/2001, DOU-I 25.04.2001, p. 13-15. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, principal entidade responsável pela aplicação da legislação antitruste no Brasil, não vem aceitando o parecer da AGU e vem se dizendo competente na matéria. Ver, p. ex.: Ato de Concentração nº 08012.004499/2002-77, DOU-I 18.02.2003, p. 18. O Judiciário ainda não decidiu esse conflito de competências, e, se não for editada lei complementar específica sobre o tema, a palavra final deverá ser do Supremo Tribunal Federal, por envolver matéria constitucional.

³³ ARAGÃO, 2003, p. 295. Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça parecem indicar uma tendência no Judiciário nesse sentido. No Mandado de Segurança nº 5.307-DF, decidiu-se que os serviços públicos concedidos de radiodifusão não são atividades econômicas sob regime empresarial, sendo regidos por normas específicas de Direito Público, com origem no artigo 21 da Constituição, não predominando a livre iniciativa e a livre concorrência consagradas no artigo 173 (Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, julgamento em 14.10.98, íntegra do acórdão disponível na internet no site www.stj.gov.br). Os Tribunais reconhecem natureza diversa à atividade econômica desenvolvida direta e livremente pelo empresário daquela vinculada de alguma forma a um contrato administrativo. Nessa linha, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vem julgando inconstitucionais várias leis municipais que fixam uma distância mínima para a instalação de farmácias e drogarias, por implicarem restrição à livre concorrência e ao princípio da liberdade de iniciativa econômica privada (ver p. ex.: Recurso Extraordinário nº 203.909-SC, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 14.10.97; e Recurso Extraordinário nº 199.517-SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 04.06.98;

ambos os acórdãos disponíveis na íntegra na internet no site www.stf.gov.br). Já numa hipótese em que tinha havido uma licitação para a instalação de uma lanchonete num terminal rodoviário, o Superior Tribunal de Justiça aceitou os argumentos do licitante vencedor para proibir a instalação de outra lanchonete no mesmo local, pois o edital reservara as demais lojas para outras atividades. A questão foi apreciada sob a ótica do Direito Administrativo e da Lei de Licitações, e não sob o viés da livre concorrência e da livre iniciativa. Ver Recurso Especial nº 147.666-GO, Relator o Ministro Hélio Mosimann, julgamento em 03.09.98, íntegra do acórdão disponível na internet no site www.stj.gov.br.

³⁴ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 15-23.

³⁵ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 16-17.

³⁶ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 115-120.

³⁷ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 111-113.

³⁸ FRIEDMAN, 2002, p. 392.

³⁹ O Tratado de Amsterdã, de 1999, modificou a numeração de vários artigos do Tratado de Roma. Os atuais artigos 81 e 82 equivalem aos originais artigos 85 e 86 do Tratado de Roma.

⁴⁰ FORGIONI, 1998, p. 164-169.

⁴¹ SUTHERLAND, 1991, p. 52-54.

⁴² PASTOR, 1995, p. 280-440. O autor discorre detalhadamente sobre a matéria, inclusive explicando os vários precedentes julgados ao longo do tempo pelo Tribunal de Justiça Europeu. É importante ressaltar, no entanto, que, mesmo quando aparentemente a competência for exclusiva do Estado, pode haver uma situação de competência concorrente. Há precedente, por exemplo, no qual o conjunto do território alemão foi considerado como parte substancial do mercado comum. Assim, embora não extrapolasse as fronteiras de um país, o caso mereceu aplicação do direito comunitário, pois haveria reflexos em toda a comunidade, e não apenas no país em questão. Ver Passos (2000, p. 29).

⁴³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 46.

⁴⁴ BATALHA; NETTO, 1996, p. 124-125.

⁴⁵ A norma pátria não inclui, entre as finalidades específicas das regras antitruste, a defesa das pequenas empresas, que deverá ser promovida por outros meios. A Constituição Federal trata do tema no artigo 170, e não no artigo 173, o que parece justificar a opção do legislador ordinário.

⁴⁶ Embora a utilização da chamada regra da razão para o exame de concentrações empresariais revele de fato a influência do Direito Antitruste dos Estados Unidos, a aplicação do princípio da razoabilidade não é inovação ou particularidade da legislação de defesa da concorrência. Há muitos anos, o Supremo Tribunal Federal pondera alegações de inconstitucionalidade das leis com base no exame da razoabilidade das normas impugnadas. Sobre a matéria: Mendes (1998, p. 187-199), Barroso (1999, p. 209-234).

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 74-77.

⁴⁸ A desestruturação empresarial como forma de repressão a reiteradas condutas anticoncorrenciais é uma das técnicas adotadas nos Estados Unidos, já tendo sido efetivamente aplicada em casos rumorosos, como os da *Standard Oil*, no início do século XX, e, mais recentemente, no caso da AT&T.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. *O poder econômico perante o direito: estudos de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 384-385.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRIEDMAN, Lawrence M. *American law in the 20th century*. New Haven: Yale University Press, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

NOTARI, Mario. *La nozione di 'controllo' nella disciplina antitrust*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1996.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32, ano 8, jul./set. 2000.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers Inc, 1998.

