

S
UFRJ/IE
TD 458

NS 534092

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

INSTITUTO DE ECONOMIA

***Notas sobre o Sistema de Defesa
da Concorrência no Brasil***

Texto para discussão n. 458

Maria Tereza Leopardi Mello
Professora do Instituto de Economia da
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Novembro de 2001

os para Discussão

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE ECONOMIA



43 - 016568

***Notas sobre o Sistema de Defesa
da Concorrência no Brasil***

Texto para discussão n. 458

Maria Tereza Leopardi Mello
**Professora do Instituto de Economia da
Universidade Federal do Rio de Janeiro**

Novembro de 2001

Diretor Geral: Prof. João Carlos Ferraz
Diretor Adj. de Graduação: Prof. Maria Lúcia T. Werneck Vianna
Diretor Adj. de Pós-graduação: Prof. Francisco Eduardo P. de Souza
Diretor Adj. de Pesquisa: Prof. João Lizardo R. Hermes de Araújo
Diretor Adj. Administrativo: Prof. João Carlos Ferraz
Coordenador de Publicações: Prof. Carlos Frederico L. Rocha
Projeto gráfico e Editoração: Felipe Barbosa Ferreira
Impressão: IE/UFRJ

UFRJ/CCJE/BIBLIOTECA EUGÊNIO GUDIN

DATA: 13/12/2001

Nº DE 505930-5

5
UFRJ/IE
TD 458

NÚMERO NO SISTEMA: 534092
CÓDIGO DE BARRAS:

Ficha catalográfica

MELLO, Maria Tereza Leopardi.

Notas sobre o sistema de defesa da concorrência no Brasil/Maria Tereza Leopardi Mello -- Rio de Janeiro: UFRJ/IE, 2001.

58p. 21cm. (Texto para Discussão. IE/UFRJ; n.458)

I. Concorrência. II. Antitruste. III. Brasil. IV. Título. V. Série.

O Programa Editorial do IE/UFRJ (sucessor dos Programas Editoriais do IEI e da FEA/UFRJ), através das séries "TEXTOS PARA DISCUSSÃO", "TEXTOS DIDÁTICOS" e "DOCUMENTOS", publica artigos, ensaios, material de apoio aos cursos de graduação e pós-graduação e resultados de pesquisas produzidos por seu corpo docente.

Essas publicações, assim como mais informações, encontram-se disponíveis na livreria do Instituto de Economia, Av. Pasteur, 250(1º andar)-Praia Vermelha-CEP: 22290-240/C.P. 56028- Telefone:(21) 3873-5277 - Fax: (21)2541-8148.

Índice

Introdução	5
1. Defesa da Concorrência: Objetivos e Características	7
2. Conceitos Básicos da Análise Antitruste	9
2.1. Mercado Relevante	10
2.2. Poder de Mercado	15
3. Uso Lícito e Ilícito de Posição Dominante	20
3.1. Posição dominante e abuso de direito	22
3.2. O princípio da razoabilidade (rule of reason) e o ilícito per se	25
3.3. O abuso de posição dominante na lei brasileira	28
3.4. O Exame das Eficiências	31
4. O Controle de Condutas e de Estrutura na Lei 8.884/94	32
4.1. As hipóteses gerais de infração à ordem econômica	32
4.2. As condutas anticompetitivas	34
4.3. O controle das condições estruturais dos mercados	38
5. Estrutura Institucional e Procedimentos da Aplicação da Lei Antitruste	40
5.1. Estrutura Institucional de aplicação da lei	40
5.2. Procedimentos para Apuração de Casos de Condutas	42
5.3. Procedimentos para Análise dos Atos de Concentração	47
Bibliografia	49
ANEXOS	51
NOTAS	53

Introdução

Uma política de defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando e/ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados. No Brasil (como em diversos países) existe um sistema legal voltado especificamente para essa finalidade, que é a chamada “lei de defesa da concorrência” (ou lei antitruste) – atualmente, a Lei 8.884/94¹.

Juridicamente, o imperativo de se “defender a concorrência” no Brasil decorre, mais diretamente, de norma constitucional que determina a repressão ao “... *abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.*” (CF, art. 173, § 4º). Mas “livre concorrência” também é princípio constitucional (cf. art. 170, IV), o que significa uma diretriz geral que deve orientar todas as ações dos poderes públicos (tanto a produção legislativa quanto as ações de governo e as decisões judiciais). Portanto, uma *política de defesa da concorrência* não se resume apenas à lei antitruste e ao arcabouço institucional voltado para sua aplicação, mas também a todas as ações do Estado direta ou indiretamente relacionadas a ela. A concorrência pode (e deve) ser promovida e defendida em vários âmbitos de atuação do Estado².

Este texto objetiva fornecer uma visão panorâmica dos objetivos, características e principais conceitos e parâmetros de análise envolvidos na aplicação da lei antitruste no Brasil – Lei 8.884/94. Algumas referências ao sistema antitruste americano também serão úteis, pois a lei desse país, embora não tenha sido a primeira, é, sem dúvida uma das mais antigas no mundo e em torno da experiência de sua aplicação desenvolveu-se rica literatura econômica e jurídica que serve de referência para discutir certas questões antitruste, independentemente dos sistemas nacionais de cada país (v. ANEXO 1)

O tema se situa numa intersecção entre Direito e Economia, tendo seus principais conceitos e parâmetros de análise constituídos, em geral, como híbridos de elementos jurídicos e econômicos - o Direito provê a "fôrma" para conteúdos econômicos³. Tendo em vista essa particularidade, tentamos, na exposição que se segue, abordar as questões sempre buscando integrar aspectos jurídicos e econômicos.

1. Defesa da Concorrência: Objetivos e Características

A política de defesa da concorrência busca limitar o exercício do poder de mercado pois, em princípio, firmas que detêm esse poder são capazes de prejudicar o processo competitivo, gerando ineficiências como resultado de seu exercício⁴. É importante observar, no entanto, que a lei antitruste não torna o poder de mercado - nem os monopólios - ilegais, mas apenas tenta controlar a *forma* pela qual esse poder é adquirido e mantido. Assim, a lei procura reprimir o exercício *abusivo* de poder de mercado, e não o poder em si; ele não será ilícito quando resultar de processo *natural* decorrente da maior eficiência de um agente em relação a seus competidores⁵.

É implementada, normalmente, por meio de dois padrões básicos de ação: *a)* aquele referente às **condutas** dos agentes no processo competitivo; *b)* aquele relacionado aos parâmetros estruturais que condicionam tais condutas.

As regras relativas à *conduta* prevêm punições às práticas anticompetitivas (*restritivas* da concorrência) derivadas do exercício (abusivo) de *poder de mercado*. Tais práticas podem apresentar natureza horizontal⁶ ou vertical⁷ e, independentemente de prejudicarem uma ou outra firma concorrente, serão consideradas ilícitas se prejudicarem/restringirem o *processo concorrencial*, prejudicando, em última análise, os consumidores. A essas regras atribui-se, em geral, o caráter *repressivo*.

Pelo controle de caráter *estrutural*, busca-se evitar o surgimento de estruturas de mercado *mais* concentradas - que aumentem a probabilidade de exercício (abusivo) de poder de mercado - por meio do *controle preventivo* sobre os chamados *atos de concentração* (fusões, aquisições, *joint-ventures* etc.), que também podem apresentar natureza horizontal ou vertical⁸.

A lei brasileira - Lei 8.884/94 - contempla esses dois aspectos, o que se verifica logo em seu art. 1º: "Esta lei dispõe sobre a prevenção e a

repressão às infrações à ordem econômica...”, que vão ser adiante caracterizadas em seu art. 20.

Tanto num caso como no outro, a lei de defesa da concorrência não impõe aos agentes econômicos a obrigação de efetivamente competir nem diz por qual forma os agentes devem competir. Apenas busca canalizar as forças de mercado e as estratégias das empresas na direção da competição e, com ela, da inovatividade e da eficiência, *evitando que o processo concorrencial seja restringido* por agentes com poder suficiente para fazê-lo. Nesse sentido, não age diretamente sobre os resultados desse processo (não os determina), mas sim *nos meios* que levam a esse resultado⁹. Em outras palavras, a lei antitruste não impõe aos agentes obrigações “de fazer” que assegurem diretamente o alcance dos aspectos positivos associados idealmente à concorrência; trata-se, ao contrário, de um tipo de regulação *reativa* do Estado que impõe, basicamente, obrigações de “não fazer”: um agente “cumprir” a lei enquanto não prejudica o processo concorrencial.

Daí duas características peculiares das regras antitruste: (i) o objetivo de defender *o processo de concorrência* implica a necessidade de reprimir qualquer tipo de prática que provoque o *efeito* de restringir esse processo; será esse *efeito* que irá caracterizar um ato como ilícito perante a lei antitruste¹⁰; (ii) as imposições decorrentes da lei são, substancialmente, obrigações de “não fazer” ou abstenções (*não produzir efeitos anticompetitivos*).

Uma das observações que costumam prefacear a maioria das análises em matéria antitruste é a de que a lei objetiva, como sua própria denominação indica, defender e garantir a existência *do processo concorrencial*, e não de concorrentes individualmente considerados. A proteção do processo competitivo, cuja existência, supõe-se, gera resultados socialmente aproveitáveis (bem-estar), é de interesse de toda a sociedade - e não deste ou daquele concorrente em particular - e como tal é juridicamente protegido. Trata-se, assim, de um típico *interesse difuso*, de que é titular um grupo indeterminável de pessoas¹¹; a Lei 8.884/94 é bastante clara a esse respeito, ao dispor, logo em seu art. 1º,

parágrafo único, que “*a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei*”.

Tal observação é necessária para distinguir o âmbito de incidência da lei antitruste de outros sistemas jurídicos que lhe são próximos - tais como o de repressão à *Concorrência Desleal* e o de *Defesa do Consumidor* - mas que protegem interesses de natureza diversa¹².

A concorrência, enquanto direito difuso, é defendida no âmbito administrativo (do Poder Executivo) pelas autoridades competentes - CADE/SDE - que têm poder para determinar a cessação da prática perniciosa à concorrência e aplicar multas, além de autorizar certos atos de concentração; danos individualmente sofridos só podem ser ressarcidos pelo Poder Judiciário¹³. Isso implica que prejuízos individuais (de consumidores ou de concorrentes) não podem ser motivo de ação com base na legislação antitruste, salvo se a eles se associarem, *também*, prejuízos à concorrência¹⁴.

2. Conceitos Básicos da Análise Antitruste

Toda análise antitruste gira em torno da noção de *poder de mercado*: danos ou restrições à concorrência só podem ser causados por firmas detentoras desse *poder*, que é, portanto, *condição necessária* para haver um ilícito do ponto de vista da lei. Mas *não é suficiente*, pois a ilicitude depende ainda de verificar se de uma conduta ou de um ato de concentração decorrem *efeitos anticompetitivos* (efetivos ou potenciais).

Contudo, certas condutas restritivas ou certos atos de concentração, ainda que provoquem efeitos negativos sobre a concorrência, podem também gerar ganhos de *eficiência* que os compensem. Dentre os ganhos típicos de eficiência estão, por exemplo, reduções de custo associadas a economias de escala e escopo, aumentos de produtividade ou qualidade, aperfeiçoamentos tecnológicos etc. Nesses casos, há consenso no sentido de que tais condutas ou atos de concentração não devem ser proibidos

quando seuseventuais efeitos restritivos forem devidamente compensados pelas *eficiências* por eles geradas; caso contrário, a aplicação da lei provocaria ineficiências nos mercados e teria um resultado contrário ao interesse social.

A partir das afirmações feitas nos dois parágrafos anteriores podemos identificar os conceitos e parâmetros usados em toda análise antitruste: em primeiro lugar, é necessário identificar a existência de *poder de mercado*, para o que se requer, como passo logicamente prévio, a delimitação do mercado em que tal poder é exercido (conceito de *mercado relevante*), e a análise das *condições de mercado* que tornam provável (ou não) o exercício desse poder de mercado.

Em seqüência, identificam-se as *eficiências* que podem ser geradas por práticas ou atos de concentração restritivos da concorrência. Tendo em vista que uma mesma conduta/ato pode apresentar efeitos ambíguos sobre a concorrência - restritivos mas geradores de eficiências -, a análise deve ponderá-los a fim de verificar qual deles prevalece, para só proibir as condutas/atos que apresentarem *efeitos anticompetitivos líquidos*.

À análise desses conceitos serão dedicadas as subseções seguintes.

2.1. Mercado Relevante

Delimitar o *mercado relevante* é um passo prévio essencial da análise antitruste, pois é em relação a ele que se efetuam os cálculos dos indicadores de concentração e todas as demais análises necessárias à caracterização do poder de mercado, das condições de seu exercício e dos danos à concorrência. Esse *mercado* deve ser definido caso a caso, e o adjetivo que o acompanha (*relevante*) se refere à sua relevância/pertinência para o caso sob julgamento: trata-se de identificar o mercado em que atuam os agentes envolvidos, o mercado no qual ocorrem os supostos efeitos restritivos de uma conduta ou ato de concentração.

O mercado relevante é definido como um *locus* (produto/região) em que o poder de mercado possa (hipoteticamente) ser exercido. Os

principais fatores utilizados para isso são as *elasticidades-preço* da *demanda* e da *oferta*.

Existe uma clássica definição estabelecida pelos órgãos antitruste dos EUA¹⁵, que é universalmente adotada: um mercado relevante antitruste é definido como

"... um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido, tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um pequeno mas significativo e não transitório aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedam o necessário para satisfazer tal teste."

Como se pode perceber, a tarefa de delimitar um mercado relevante consiste num exercício hipotético que busca, por aproximações sucessivas, estabelecer um grupo de *produtos* e uma *área geográfica* na qual, em relação a tais produtos, um hipotético monopolista possa elevar preços e auferir *maiores* lucros com isso (ou, dito de outra forma, no qual o exercício de poder de mercado, que se busca prevenir ou reprimir, seja *logicamente* possível). Avalia-se a reação da *demanda* ao hipotético aumento de preços, pois este pode não ser lucrativo se os consumidores puderem buscar outros produtos ou produtores de outros locais.

Na dimensão *produto*, identificam-se os produtos que concorrem entre si, incluindo não apenas os produtos idênticos mas também os *bons substitutos*. Deve haver *alta substituíbilidade* dos produtos considerados *dentro* do mercado; ao mesmo tempo, deve ser *baixa* a substituíbilidade destes em relação aos produtos considerados *fora* do mercado. Em outras palavras, tanto a demanda pelo(s) produto(s) do mercado relevante quanto sua oferta devem ter *elasticidades-preço* suficientemente baixas para que, no teste do monopolista hipotético, um

eventual aumento de preço resulte em *maiores* lucros - e não menores - para a empresa que hipoteticamente exerce poder de mercado.

Essa identificação é feita, em princípio, pelo lado da *demanda*¹⁶, observando-se que não basta a mera possibilidade técnica de substituição para determinar a inclusão de um produto no mesmo mercado que outro, mas sim que os demandantes a façam habitualmente (Bruna, 1997:80).

Em sua dimensão *geográfica*, o mercado relevante é definido como uma área na qual os produtos (e seus substitutos) são produzidos ou vendidos, o que varia conforme tipo de produto e tecnologia, custos de transporte, sistema de distribuição, barreiras tarifárias e não tarifárias às importações etc.. Procura-se delimitar a área sujeita à atuação de uma empresa hipoteticamente monopolista, de modo a detectar, na hipótese de aumentos de preços: *a)* se os consumidores podem comprar o produto em outras localidades a custos acessíveis; ou *b)* se concorrentes de outras localidades podem direcionar suas vendas para essa região a custos acessíveis.

Uma vez identificado um mercado [produto/área] possível, o passo seguinte é proceder ao *teste do monopolista hipotético*: verifica-se se uma firma *hipotética*, maximizadora de lucros e detentora de um também *hipotético monopólio* da oferta - a hipótese mais pessimista para o bem-estar - no mercado considerado (produto/área), é capaz de impor um aumento de preço *significativo e persistente*, de modo a caracterizar um *exercício de poder de mercado*. O *mercado relevante* é definido, então, como o *menor* mercado possível (o menor agregado de produtos, combinado com a menor área) que satisfaça o critério acima.

A delimitação do mercado relevante depende de quanto se supõe que deva aumentar o preço para configurar o suposto exercício abusivo de poder de mercado. Nos EUA trabalha-se com a hipótese de um aumento de 5% a partir de um preço no nível competitivo, embora possa ser superior (em geral, até 10%). A definição de qual deva ser esse percentual de aumento de preço é, do ponto de vista econômico, arbitrário, embora seja absolutamente imprescindível do ponto de vista jurídico

para possibilitar a aplicação da lei. Esse ponto merece ser melhor explicado:

Para se definir um mercado relevante, identificam-se, inicialmente, um certo grupo de produtos e uma área possíveis de serem considerados *um mercado*. Procedem-se, então, ao teste do monopolista hipotético, tomando por parâmetro um certo percentual de aumento de preço (suponhamos 10%): verifica-se se um monopolista seria capaz de impor um aumento de 10% no preço [daqueles produtos naquela área]. O mercado [produto/área] passará no teste se o preço de monopólio (que maximiza os lucros do monopolista hipotético) corresponder tão exatamente quanto possível a esses 10% de aumento - nem mais nem menos. Dentre outras, duas hipóteses nas quais o mercado [produto/área] não atende às condições do teste podem ser pensadas:

(A) se a elasticidade-preço da demanda for muito alta, o suposto monopolista hipotético não conseguiria elevar o preço suficientemente (a 10%), o que denota que o mercado [produto/área] foi definido de forma muito restrita. Será necessário redefini-lo - pela inclusão de mais produtos possíveis substitutos e/ou pela ampliação da área geográfica considerada - até que se encontre uma combinação [produto/área] em relação à qual a elasticidade da demanda seja menor, tornando possível o tal aumento de preços em 10%;

(B) se a elasticidade-preço da demanda for muito baixa, o suposto monopolista hipotético seria capaz de elevar seu preço num percentual superior aos 10% tomados como parâmetro (o preço de monopólio que maximiza lucros estaria num nível superior ao preço competitivo aumentado em 10%). Isso denota que o mercado [produto/área] foi definido de forma demasiadamente ampla, pois existe uma outra combinação possível [de produto/área], mais restrita, na qual o aumento de 10% poderia ser imposto (o nível de preço que maximiza os lucros do monopolista corresponderia ao preço aumentado em 10%). Portanto, também nesse caso o mercado deve ser redefinido pois, de acordo com o conceito, deve-se buscar o *menor* mercado possível para satisfazer o critério ("...que não excedam o necessário para satisfazer tal teste"). Deve-

se, então, procurar uma combinação [produto/área] mais restrita, para a qual a elasticidade-preço da demanda seja maior.

Percebe-se, assim, que se alterarmos o percentual de aumento de preço considerado, os resultados poderiam ser diferentes. Se tomarmos como parâmetro 5%, por exemplo, a hipótese (A) poderia ter outra solução: o monopolista hipotético – que não seria capaz de impor um aumento de 10% - poderia ser capaz de aumentar seu preço em 5%, e assim o mercado [produto/área] estaria adequadamente definido (seria um mercado relevante antitruste).

As hipóteses anteriores apontam para um resultado geral importante: para uma dada função de demanda, quanto *mais alto* o limiar de aumento de preço tomado como referência, *menor* será a elasticidade-preço da demanda necessária para que o mercado [produto/área] passe no teste¹⁷.

Finalmente, como já mencionado, a elasticidade da oferta também deve ser considerada na delimitação do mercado relevante, embora não esteja incorporada no exercício anterior (que se centra na demanda). Isso é feito num passo seguinte, depois de o mercado relevante ter sido definido (com base na demanda), incluindo-se a oferta *potencial* do(s) produto(s) considerado(s) – *i.e.*, considerando o potencial de aumento da oferta pela reorientação de capacidade já existente para a produção dos produtos em questão - por firmas que, por algum motivo, não estejam produzindo mas possam fazê-lo sem grandes investimentos e a curto prazo. Quanto menores estes (prazos e custos), maiores as possibilidades de que um aumento de oferta por acréscimo de ofertantes venha a contestar o poder de mercado das firmas estabelecidas.

Na lei brasileira, todas as referências à posição dominante são feitas por relação a um mercado relevante que, entretanto, não é definido no texto legal. Usaram-se, durante muito tempo, as definições da literatura e a do *Horizontal Mergers Guidelines* americano. Em 1998, o conceito de mercado relevante foi “*institucionalizado*”, pela Resolução nº 15/98 (no Anexo V) do CADE.

Nessa Resolução o mercado relevante do produto compreende “*todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo*

consumidor, devido às suas características, preços e utilização”. Já em sua dimensão geográfica, o mercado relevante “*compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços*”. Também integram o mercado as firmas que possam iniciar a oferta se houver um pequeno mas substancial aumento de preços. Devem-se identificar os “*obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área*”.

A delimitação do mercado relevante afeta diretamente os resultados de um julgamento: quanto menor um mercado, maiores as possibilidades de existir poder de mercado e, portanto, potencial de danos à concorrência; ao contrário, quanto maior, mais diluída será a participação do agente investigado, menor a probabilidade de haver efeitos anticoncorrenciais.

Em princípio, o conceito é suficientemente adaptável a qualquer situação e a qualquer tipo de mercado; não há limite de tamanho do mercado (nem para mais nem para menos): tanto podemos ter um mercado *mundial* quanto um restrito a um município, tanto um mercado de um só produto quanto de vários, etc.

Uma vez identificado o *mercado relevante* pelo exercício de hipótese acima descrito, passa-se à análise de suas condições concretas/reais – o grau de concentração, a parcela de mercado da firma envolvida no caso, etc.. A utilização de medidas de concentração de mercado e a avaliação do nível das barreiras à entrada são os principais instrumentos para análise do *poder de mercado*.

2.2. Poder de Mercado

Poder de mercado está associado à capacidade de restringir a produção e aumentar preços de modo a, não atraindo novos competidores, obter lucros *acima do normal*; é geralmente definido como o *poder de fixar preços significativa e persistentemente acima*

do nível competitivo, i.e., dos custos médios ou marginais. É importante observar que o poder de mercado não se expressa apenas em preços – grande parte das condutas consideradas anticompetitivas não ocorrem via preços; mas a definição é utilizada por ser simples e de fácil aplicação e implica a suposição de que a firma capaz de elevar preços significativa e persistentemente acima dos custos possui poder de mercado e pode exercê-lo por qualquer outro meio disponível¹⁸.

O critério de participação da firma no mercado (*market-share*) é uma primeira aproximação para avaliá-lo. Além disso, recorre-se também aos indicadores de concentração de mercado (como CR4 e HHI) para verificar a *possibilidade estrutural* de existência de poder de mercado¹⁹.

A análise antitruste, coerente com o modelo *Estrutura-Condução-Desempenho*, parte do suposto de que maior concentração da oferta (estrutura) implica maior probabilidade de colusão (condução) e, por consequência, de preços e lucros mais elevados. Assume-se que o poder de mercado é função crescente da concentração, pois a existência de *pequeno número* de concorrentes e/ou sua *desigualdade* favorecem conluios tácitos ou explícitos, pelo menos entre os líderes. Essa, entretanto, é uma aproximação precária, pois a concentração é apenas condição necessária, mas não suficiente, para o surgimento de poder de mercado; não há correlação perfeita entre ambas as variáveis.

Medidas de *market-share* e indicadores de concentração isoladamente podem não significar muito, se não forem analisados em conjunto com outros fatores como por exemplo: a estrutura da oferta e demanda, as condições de entrada, a existência de competidores potenciais e a dinâmica da concorrência.

Barreiras à entrada são uma *condição decisiva* para a avaliação de poder de mercado, apesar de não mensurável diretamente. Sabe-se que na ausência de barreiras à entrada não é possível fixar preços acima dos custos de forma persistente e significativa (portanto, não é possível exercer poder de mercado). Por isso são um elemento fundamental de análise antitruste, não só para atos de concentração, como também (quase sempre) para condutas.

Apesar de não permitir mensuração totalmente objetiva, o nível das barreiras à entrada num mercado concentrado (oligopólio ou monopólio) é o principal instrumento de avaliação do poder de mercado das empresas que nele atuam. Entretanto, numa visão dinâmica, ele deve incluir a *capacidade inovativa* da indústria e das concorrentes potenciais, pois a *inovação* é o principal antídoto tanto às barreiras à entrada quanto à possibilidade de abuso de poder de mercado pelas empresas dominantes.

Na literatura jurídica, à posição de poder econômico frequentemente se associam os atributos da *independência* e da *ausência de riscos*. Para Schuartz (1997), por exemplo, poder é “*uma relação social de dependência e controle*”, no que está implícita a idéia de sujeição de alguns (outros concorrentes, parceiros comerciais, consumidores) e domínio de outros, de modo que o detentor dessa posição de domínio “*é aquela unidade produtiva que, ..., pode agir com certa independência relativamente ao comportamento esperado dos concorrentes; mas o comportamento esperado do detentor de poder, por sua vez, é variável fundamental nas decisões estratégicas destes concorrentes*” (Schuartz, 1997:29).

No mesmo sentido, para Forgioni (1998:268-271), o agente detentor de poder econômico pode atuar de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes; ele não sofre pressões de seus competidores, podendo adotar práticas que não adotaria caso houvesse concorrência em seu mercado. Também caracteriza o poder econômico a *ausência de riscos* para seu detentor: se este adotar uma estratégia de mercado não coroada de sucesso, nenhum concorrente virá tomar-lhe a clientela.

A idéia de poder como independência, no entanto, deve ser tomada com cautela, pois em oligopólios não se pode falar em independência total de um agente em relação a outros, ao mesmo tempo em que tampouco estão ausentes as relações de poder.

A lei 8.884/94, entretanto, adota como parâmetro uma medida de *market share*. Utiliza o termo *posição dominante*, expressão legal que designa, praticamente, o *mesmo poder de mercado que pode ser*

exercido num mercado relevante. De acordo com o art. 20, §§ 2º e 3º, "ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante" como vendedora, compradora ou financiadora; tal controle presume-se existir quando essa empresa (ou grupo de empresas²⁰) detém 20% do mercado relevante.

É importante ter em vista que esse parâmetro de 20% serve como mera *presunção* de posição dominante, e tem como principal efeito prático apenas estabelecer a inversão do ônus da prova - *i. e.*, estabelecer a obrigação de provar o contrário da presunção legal. Assim, nada impede que se discuta e comprove que, apesar de deter uma parcela de mercado superior a 20%, outras variáveis fazem com que firma não possa exercer poder de mercado (e, portanto, não detém posição dominante). Tais variáveis podem ser, por exemplo, baixas barreiras à entrada (Bruna, 1997: 116-117).

Feitas essas considerações gerais sobre posição dominante, cabe discutir aqui uma importante questão que tem gerado certa polêmica nos meios jurídicos: como já afirmamos acima, a existência de posição dominante é fundamental para se dizer se um caso é relevante do ponto de vista antitruste. Entretanto, seria esse um requisito legal para a caracterização de infrações à ordem econômica previstas na lei?

Para responder a essa questão devemos analisar o art. 20, que define genericamente essas infrações. Estas são definidas não como hipóteses de ações/conduitas infratoras, mas hipóteses de fins ou efeitos que podem ser alcançados por meio de diversos tipos de condutas (que serão mais adiante tipificadas no art. 21): "*Constituem infração... os atos... que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos...*" (art. 20, *caput*). No elenco de tais efeitos, descritos nos quatro incisos do art. 20, vemos que dois deles (incisos II e IV) mencionam expressamente a posição dominante como suposto: nesses casos podemos concluir que a detenção de posição dominante é requisito lógico e jurídico para que um agente possa produzir o efeito de "*dominar mercado relevante...*" (inciso II) ou de "*exercer de forma abusiva posição dominante*" (inciso IV).

Nos outros dois incisos (I e III), contudo, a posição dominante não aparece como requisito expresso. Assim, em tese, um agente poderia "*prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*" (inciso I) e "*aumentar arbitrariamente os lucros*" (inciso III) sem que detenha posição dominante. Essa seria, todavia, uma conclusão apressada, pois não se pode entender adequadamente as possibilidades e as condições de existência do *prejuízo à livre concorrência* e do *aumento arbitrário de lucros* sem recorrer à análise econômica; no âmbito desta, se um agente sem poder de mercado quiser aumentar *arbitrariamente* seus lucros por meio de um aumento de preços (por exemplo), ele perderá clientes para seus concorrentes que ofertam o mesmo produto (ou atrairá a entrada de novos concorrentes), de modo que a alternativa de aumento de preços não lhe é lucrativa (a diminuição da demanda não compensa o aumento de preços) e isso justamente porque ele não detém poder de mercado. Contrariamente, se um agente é capaz de aumentar seus preços sem perder demanda e sem atrair novas entradas, isso se deve ao fato de ele deter poder de mercado.

Do mesmo modo pode-se argumentar sobre a hipótese de *prejuízo à livre concorrência*. Tomemos como exemplo, uma prática de venda casada que, muitas vezes, pode provocar esse prejuízo: um agente sem poder de mercado (do produto "subordinante") que quisesse praticar tal conduta veria seus consumidores deixarem de comprar seus produtos para adquiri-los de seus concorrentes. Como no exemplo anterior, se a imposição de venda casada é bem sucedida, é porque os consumidores não têm outra alternativa para comprar o mesmo produto, o que nada mais é do que um indicador de que o referido agente detém poder de mercado.

Enfim, do ponto de vista da lógica econômica, nenhum agente sem posição dominante é capaz de, lucrativamente, prejudicar a livre concorrência e tampouco de aumentar seus lucros arbitrariamente pois, se tentar fazê-lo, perderá mercado para outros concorrentes. Pode-se concluir, assim, que prejuízos ao processo competitivo só podem ser provocados por agentes detentores de *posição dominante*, que é,

portanto, condição lógica para a existência de danos à concorrência e, por consequência, para a aplicação da lei antitruste.

Uma interpretação jurídica possível dessa questão seria a de que, uma vez que a lei não estabelece a posição dominante como requisito explícito das infrações para as hipóteses de *prejuízo à livre concorrência* e de *aumento arbitrário de lucros*, isso poderia implicar que, embora a existência dessa posição seja condição lógica e real para que danos à concorrência sejam provocados, pode-se prescindir de sua *prova* para efeitos de decisão dos órgãos públicos ou do Judiciário.

Esse, entretanto, não tem sido o entendimento do CADE, que vai no sentido de exigir a existência da posição dominante para caracterizar práticas anticompetitivas. Também a SDE considera a existência de efetivo poder de mercado dos agentes representados como critério de admissibilidade de representação para a promoção de averiguações preliminares e como indício suficiente à instauração de processo administrativo.

Concluindo, a existência de poder de mercado (e a possibilidade de seu exercício) é condição necessária para a aplicação da lei antitruste, pois quem não o detém não poderá prejudicar a concorrência no mercado, ainda que queira. Portanto, se desse passo de análise se conclui que a(s) firma(s) envolvida(s) num caso não possui(m) – individual ou coletivamente – tal poder, o caso deve ser encerrado, pois não é relevante do ponto de vista antitruste. Não existe razão para continuar a investigação, pois será logicamente impossível a existência de prejuízo à concorrência (alvo da ação antitruste) – ainda que se possa estar ferindo outros sistemas legais.

3. Uso Lícito e Ilícito de Posição Dominante

Já foi dito que a lei antitruste não visa a combater o poder de mercado em si, mas tão somente o seu abuso; assim, se é certo que caracterizar poder de mercado (ou posição dominante, na expressão jurídica) é

condição *necessária* para a aplicação da lei, mas *não suficiente*. É necessário ainda discutir os critérios normativos pelos quais se avalia como abusivo o seu exercício e seus possíveis fundamentos econômicos e jurídicos.

A centralidade da definição de poder econômico no âmbito antitruste está associada, desde a origem, à tradição da teoria econômica que vê a concorrência basicamente como processo de formação de preços a partir de condições de demanda e oferta, as quais os agentes econômicos individualmente não influenciam. Pressupõe-se, portanto, que a concorrência parte de situações de *ausência de poder* por parte dos agentes, ao mesmo tempo em que reproduz essa condição. À primeira vista, essa visão implicaria num tipo de ação para defesa da concorrência baseada no paradigma de mercados nos quais o poder econômico está ausente (dicotômicos em relação a situações de monopólio e oligopólio): seria o caso de, simplesmente, coibir o surgimento e o exercício do poder de mercado.

Entretanto, o desenvolvimentos da análise econômica aponta circunstâncias nas quais a perda de bem estar associada a um aumento de poder de mercado pode ser contrabalançado por importantes ganhos de eficiência econômica gerados nesse mesmo processo. Tais ganhos não devem ser, *a priori*, desprezados na implementação da defesa da concorrência pois podem ser de tal magnitude que mais que compensem a *ineficiência* causada pelo exercício do poder de mercado. A aplicação da lei torna-se, com isso, mais complexa: afinal, não se trata meramente de identificar aprioristicamente estruturas de mercado ideais nem tampouco proibir a existência ou reforço de poder de mercado derivado de atos de concentração ou condutas, mas sim de analisar o potencial anticompetitivo de tais atos/condutas *comparativamente* aos potenciais ganhos de eficiência por eles gerados.

O que importa, em qualquer caso, são os *efeitos líquidos* sobre a *eficiência econômica*²¹. Essa afirmação decorre *logicamente* dos objetivos da lei antitruste e se fundamenta jurídica e economicamente: a lei busca reprimir o abuso de poder de mercado porque ele é gerador de ineficiências; logo, não deve proibir atos/condutas que gerem ganhos

de eficiência líquidos pois, se o fizer, ocasionará ineficiências tão ou mais significativas que as que visa combater, provocando um resultado contrário ao interesse social (e à sua própria finalidade).

Tudo isso leva à necessidade de se utilizarem critérios jurídicos que, ao estabelecerem a distinção entre lícito e ilícito em antitruste, dêem conta dos elementos acima considerados – *i.e.*, que permitam considerar efeitos diversos, positivos e negativos, sobre a concorrência (sobre o bem estar), comparando-os. É o resultado dessa comparação que deve definir a fronteira entre o proibido e o permitido.

Do ponto de vista jurídico, duas abordagens dão suporte a essa análise: por um lado, a chamada “doutrina do *abuso de direito*” (que pode ser em parte transportada para o *abuso de posição dominante, ou de poder econômico*) pela qual se pode sustentar a idéia de que a ilicitude do ponto de vista antitruste é caracterizada pelos *efeitos* de atos/conduitas sobre a concorrência; serão, pois, tais efeitos que irão tipificar como *abusivo* o uso de posição dominante.

Por outro, é necessário desenvolver uma técnica de análise que, ao ser aplicada ao caso concreto, permita dar conta dos efeitos diversos potencialmente associados ao exercício do poder econômico; para isso pode-se recorrer ao *princípio da razoabilidade (rule of reason)*, elaborado pela jurisprudência americana e que começa a ser bastante difundido e incorporado entre nós, ao menos nos meios especializados e na jurisprudência do CADE.

Tais formas de abordagem não são incompatíveis entre si; ao contrário, elas guardam importantes complementaridades, como pretendemos argumentar a seguir.

3.1. *Posição dominante e abuso de direito*

Tradicionalmente, a caracterização do abuso de direito está embasada na ocorrência de um *desvio da finalidade social* de um direito garantido por lei. Sendo esse desvio “medido” a partir da finalidade e não dos limites do direito em si, isso implica não se admitir que o exercício de um

direito provoque o *desvirtuamento das finalidades* para as quais se outorga uma prerrogativa jurídica²².

Nesse sentido, abuso não se confunde com o ilícito civil²³: não é um ato contrário ao direito ou exercido além dos limites do direito subjetivo garantido juridicamente. Antes, o ato abusivo se caracteriza com o exercício de um direito subjetivo dentro de seus limites traçados por lei, mas desvirtuando os fins econômicos e sociais que embasaram a instituição de tal direito.

A teoria do abuso implica, assim, reconhecer que um direito subjetivo garantido pela lei não é absoluto, que possa ser exercido contra tudo e contra todos, a despeito mesmo dos princípios basilares que orientaram sua criação. Ao contrário, constitui sempre um *interesse limitado*, que não pode ser realizado corretamente e impunemente senão dentro de e conforme o *espírito da instituição* (Warat, 1969²⁴).

Pode-se dizer, pois, que o exercício abusivo de um direito, justamente por violar os princípios de sua finalidade econômica e social, acaba por se constituir num conflito entre interesses *individuais* (do titular de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico) e *coletivos* (da sociedade como um todo, a quem interessa preservar a finalidade do reconhecimento de tal direito) (Scicínio, 1998:60). Desse modo, a abusividade configura uma situação na qual o exercício de um direito “*colide com outro que, à luz do interesse social, merece maior proteção.*” (Campos²⁵, *apud* Bruna: 1997:160).

Em decorrência, podemos dizer que a aplicação da teoria do abuso a um caso requer uma análise que não se limite à abordagem tradicional do direito desde uma perspectiva formal e individualista, mas que perscrute “... a finalidade ou a destinação que o direito subjetivo possui no ambiente social” (Bruna, 1997:161)²⁶. Ademais, deve-se notar que, sendo essa uma regra analítica - que não tipifica atos que, em si, sejam abusivos²⁷ -, a abusividade só pode ser apurada caso a caso, mediante análise dos efeitos provocados pelo ato, cotejando tais efeitos com aquelas finalidades sociais visadas pela instituição do direito.

As idéias de abuso como desvio de finalidade e como conflito entre interesses individuais e coletivos são aplicadas por Ferraz Jr. à análise do abuso de poder econômico²⁸. Para o autor, "*o ato que obedece os limites da lei mas que, no exercício do direito, viola princípios de finalidade econômica da instituição social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, constitui um abuso de poder econômico enquanto poder juridicamente garantido pela Constituição*" (Ferraz Jr., 1995:24).

A finalidade da qual se desvia mediante o uso abusivo do poder econômico - a *finalidade econômica da instituição social do mercado* - num nível mais abstrato, pode ser tomada como sendo o bem-estar potencialmente gerado pelo funcionamento do processo competitivo nos mercados. Nesse sentido, o comportamento do controlador do poder econômico traz implícito o *dever* de direcionar seu exercício à produção dos "*fins pressupostos idealmente pela lei*", o que se traduz, mais concretamente, na obrigação de não ocasionar restrições ao processo competitivo.

Temos então a análise da abusividade pelos efeitos. É abusiva aquela prática que, mesmo em condições objetivamente legais, possa atingir efeitos contrários aos previstos pelo princípio da livre concorrência. Tais efeitos são previstos na Constituição: há, na verdade, uma "*presunção constitucional de que a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros são caracterizadores de um desvio de finalidade no exercício do poder econômico*" (Ferraz Jr., 1995:30). Tais efeitos previstos no art. 173, § 4º da Constituição são praticamente repetidos no art. 20 da lei 8.884/94.

Pode-se notar, portanto, que a lei não define claramente uma linha divisória entre abuso de posição dominante e seu exercício *normal* (lícito). Essa linha só pode ser traçada na análise de um caso concreto, considerando-se os efeitos (efetiva ou potencialmente anticoncorrenciais) da prática analisada (Forgioni, 1998:233).

Desse modo, um elemento fundamental para a definição da ilicitude estaria na distinção entre exercício *normal* e *abusivo* de posição

dominante, o que seria determinado pelos efeitos de um ato ou conduta. Embora o conceito de posição dominante seja derivado da análise econômica (já que nada mais é do que o *poder de mercado exercido num mercado relevante*), a noção de *abuso*, observe-se, é puramente jurídica. Em economia, não existe distinção entre uso *abusivo* e *não abusivo de poder de mercado*; se existir esse poder (e houver condições para que seja exercido), ele *será* exercido (porque esse é um comportamento racional do ponto de vista do agente que o detém, já que permite maximização dos lucros) o que, por suposto, gera ineficiências ou perdas de bem estar. Num certo sentido, poder de mercado do ponto de vista econômico comporta sempre aspectos *negativos*, que podem ser compensados pelos já falados *ganhos de eficiência*. Assim, a fim de propiciar maior consistência à análise jurídica, a "doutrina" do abuso de posição dominante deve ser complementada com a abordagem do *princípio da razoabilidade* que permite tratar dos efeitos *líquidos* sobre a eficiência dos mercados, como será visto a seguir.

3.2. O princípio da razoabilidade (*rule of reason*) e o ilícito *per se*

A formulação do princípio da razoabilidade foi fruto de um importante debate da jurisprudência americana desde o início deste século visando, basicamente, ao abrandamento do rigor da lei Sherman, que proíbe qualquer "*prática que restrinja o comércio...*". O problema surge quando o Judiciário americano se vê na contingência de julgar acordos entre empresas que, se bem é certo podiam ser caracterizados como restritivos, argumentava a defesa que tais restrições seriam *razoáveis*, não sendo capazes de provocar danos à concorrência num sentido mais geral, e às vezes até se constituindo como elemento de garantia da própria concorrência²⁹.

O debate que se estabeleceu, então, colocou, de um lado, aqueles que achavam que ao Judiciário caberia analisar, caso a caso, a *razoabilidade* dos efeitos das práticas restritivas para condená-las apenas naqueles casos em que tais efeitos fossem *não razoáveis*. Por outro

lado, defendia-se que qualquer restrição ao comércio deveria ser proibida *per se*, em nome da segurança jurídica: num caso de 1897, julgava-se um acordo de preços entre concorrentes; a defesa alegou que os preços fixados eram *razoáveis*, e o acordo se destinava a evitar a concorrência predatória; conforme argumentou um dos Juizes³⁰, “*se semente se incluir no significado da lei aquelas restrições não razoáveis, a determinação daquilo que é razoável será alcançada com grande incerteza*”. Prevaleceu, nesse momento, o entendimento de que a Lei Sherman proibia qualquer restrição à concorrência, fosse ou não razoável.

A evolução da jurisprudência acabou incorporando a análise da razoabilidade (desde a década de 1910), mantendo, entretanto, o entendimento de que certas categorias de condutas seriam presumidamente ilegais - *i.e.*, deviam ser consideradas ilícitas *per se*³¹. Daí as duas formas de abordagem dos casos antitruste nos EUA: aquela baseada na *rule of reason* e aquela baseada na *per se rule*.

O princípio da razoabilidade (*rule of reason*) é aplicável a condutas que, apesar de apresentarem efeitos restritivos da concorrência, podem ter tais efeitos contrabalançados por ganhos de eficiências, de modo que uns e outros devem ser ponderados para se verificar se há **efeitos anticompetitivos líquidos**: *se sim*, a prática deve ser proibida pelas autoridades; *se não* deve ser autorizada. Essa abordagem permite tratar a diversidade de efeitos possíveis de uma mesma conduta por uma análise *caso a caso*.

A abordagem *per se*, ao contrário, implica a proibição absoluta de certo tipo de condutas, sem discussão de seus efeitos; deve ser, em princípio, aplicada àquelas práticas restritivas às quais não se podem, normalmente, associar ganhos de eficiência significativos. Quando uma conduta é analisada com base na *per se rule*, basta provar sua ocorrência para que seja condenada, sem necessidade de se demonstrar que seus efeitos sejam *não razoáveis*, nem de se considerar possíveis justificativas do acusado (Cohen, 1997).

Essa diferenciação é realizada pela jurisprudência e os tipos de práticas incluídas numa e noutra abordagem variam ao longo do tempo. A Suprema

Corte dos EUA tem tido a tendência de aceitar, cada vez mais, as justificativas para práticas que antes eram consideradas ilícitas *per se*, aumentando, assim, as categorias das que são analisadas com base no *princípio da razoabilidade*.

As definições da jurisprudência americana a respeito da regra *per se* têm evoluído no sentido de admitir que não há qualquer categoria de práticas de mercado que possa produzir efeitos apenas negativos; há só aquelas que, *em sua maioria e na maior parte das vezes*, produzem mais efeitos negativos que positivos e que, por uma questão de economia processual/administrativa, não precisam passar por uma apuração e discussão mais detalhadas sobre seus efeitos:

“*A regra per se requer que o Tribunal proceda a uma ampla generalização a respeito da utilidade social de certas práticas comerciais... Casos que não se enquadram nessa generalização podem aparecer, mas a regra per se reflete o juízo de que tais casos não são suficientemente comuns ou importantes a ponto de justificar o tempo e os gastos requeridos para identificá-las...*”. Suprema Corte dos EUA, caso *Sylvania* de 1984 (citado em Cohen, 1997).

Como se vê, a Corte admite uma margem de erro³², compensada com uma solução mais rápida que evita custos do sistema judicial e das partes litigantes necessários a uma discussão do caso com base na *rule of reason*.

Assim, a abordagem *per se* não é incongruente com a análise econômica desenvolvida em torno da importância das eficiências eventualmente geradas por práticas restritivas. A existência de efeitos líquidos contra eficiência está na base de toda consideração sobre a violação da lei antitruste; apenas se reconhece que há práticas cujos efeitos são – quase sempre – negativos e não geram normalmente benefícios relevantes, resultado a que se chega pela experiência, por dedução lógica e aplicação da teoria econômica. Nesses casos, a condenação *per se* não ocasionará injustiças, senão excepcionalmente, permitindo, em contrapartida,

substancial economia de custos públicos e privados implicados no processamento de um caso pelo princípio da razoabilidade.

Num certo sentido, a regra *per se* é um caso especial de aplicação do *princípio da razoabilidade*: trata-se apenas de um método judicial - de aplicação da lei - que simplifica a análise e economiza custos para julgar tipos de condutas cuja *não razoabilidade* é suposta.

Além da economia de custos e tempo para solução de um caso, a abordagem *per se* apresenta a vantagem adicional de servir de *orientação* para os agentes, no sentido de evitar que sejam cometidas práticas que, na maioria das vezes, têm, de fato, mais efeitos restritivos³³.

Portanto, pode-se dizer que as duas abordagens, longe de significarem polos opostos, constituem dois métodos de análise para se chegar ao mesmo resultado: saber se a conduta violou a lei antitruste ou, em outras palavras, caracterizar como não razoáveis os seus efeitos.

A escolha do tipo de abordagem a ser utilizada num caso é objeto frequente de discussão no Judiciário americano. As práticas incluídas numa e noutra abordagem variam ao longo do tempo, com a tendência de aceitar certas justificativas para práticas que antes eram consideradas ilícitas *per se*. As fronteiras entre as duas abordagens são tão fluidas, que Krattenmaker (1996) afirma que as implicações da regra *per se* são apenas as de não aceitar certos argumentos como defesa e variam conforme o tipo de prática *sub judice*. Nesse sentido, para o autor não haveria uma categoria de práticas *per se* ilícitas, mas apenas alguns argumentos de defesa *per se* inadmissíveis.

3.3. O abuso de posição dominante na lei brasileira

Creio já ter ficado claro que a lei brasileira não considera ilícita a existência de posição dominante, desde que exercida de modo a não produzir os efeitos listados no art. 20.

Deve-se notar ainda que a lei 8.884/94, em pelo menos duas de suas disposições fundamentais, não só supõe que tanto aspectos positivos quanto negativos possam estar associados à posição dominante, mas

também atribui-lhes tratamentos diferenciados. Em primeiro lugar, na caracterização das infrações à ordem econômica, estabelece-se que a conquista de mercado fundamentada na maior eficiência de um agente em relação a outros não constitui infração (art. 20, § 1^a), o que implica reconhecer que o processo competitivo gera eficiências, ao mesmo tempo em que gera também ganhadores e perdedores, com o que pode-se chegar a uma posição dominante; esta, se for conquistada pelo processo "natural" de concorrência, não é ilícita. Em segundo lugar, quando trata do controle estrutural, a lei admite que atos de concentração, ainda que possam restringir a concorrência ou resultar da dominação de mercados (art. 54, *caput*), tenham seus potenciais efeitos anticompetitivos contrabalançados pelas *eficiências* e outros ganhos sociais (art. 54, § 1^a), condição na qual eles são autorizados.

As disposições legais relativas ao controle de condutas são plenamente compatíveis com a aplicação da teoria do abuso de direito que, como vimos, define o abuso pelos efeitos. Não é diferente a disposição do art. 21, *caput*, que, ao abrir o elenco de uma série de condutas anticompetitivas, subordina o caráter ilícito de tais condutas à verificação das hipóteses do art. 20, ou seja, à análise de seus efeitos. Assim, qualquer conduta tipificada no art. 21 só será considerada infração à medida que provocar algum dos efeitos descritos no art. 20.

A adoção do princípio da razoabilidade na análise de condutas pelo sistema jurídico brasileiro não levaria a resultados diferentes, na medida em que tal princípio implica justamente a análise da razoabilidade dos efeitos das condutas. Esta é a posição de Bruna (1997), por exemplo, que vai mais além, afirmando que uma vez que o sistema brasileiro não acolhe a ilicitude *per se* (devido à obrigação de se analisarem sempre os efeitos das condutas para condená-las), pode-se prescindir da *rule of reason*, já que esta foi formulada para mitigar o rigor da lei americana.

Tal postura, entretanto, deixa de considerar uma contribuição fundamental do princípio da razoabilidade que vai um pouco além e complementa a análise do abuso de poder: não se trata meramente de detectar os efeitos, mas sim de cotejar os diferentes efeitos possíveis -

competitivos (e/ou eficiências) e anticompetitivos - de determinado comportamento. Em suma, trata-se de avaliar *efeitos líquidos*.

Se se estabelece que uma conduta só pode ser condenada se apresentar *efeitos anticompetitivos líquidos*, permite-se contemplar aquelas situações em que aspectos positivos e negativos encontram-se associados à mesma conduta, o que é um fato muito freqüente na realidade econômica.

Desprezar essa contribuição pode ter conseqüências desastrosas: afinal, a maioria das condutas tipificadas no art. 21 tem pelo menos algum efeito restritivo da concorrência, de modo a configurar algumas das hipóteses do art. 20. Tomemos como exemplo a prática da venda casada (art. 21, XXIII). Subordinar a venda de um bem (subordinante) à aquisição de outro (subordinado) vai certamente provocar alguma restrição à concorrência no mercado do bem subordinado, provocando, por exemplo, um prejuízo à livre concorrência ou um domínio deste mercado³⁴ (hipóteses I e II do art. 20). No entanto, já existe farta literatura econômica que analisa a questão e aponta que, em muitos casos, a venda casada apresenta justificativas baseadas em ganhos de eficiência. Se se atenta apenas para a existência de *algum* efeito anticompetitivo, por menor e mais compensado que seja, a prática será condenada. Já se se analisam os efeitos líquidos, poderíamos ter um resultado diferente.

Desse modo, se não se considerar que os *efeitos* das condutas a serem analisados - os do art. 20 - são os efeitos *líquidos*, pode-se chegar à absurda conclusão de que a lei brasileira não comporta a consideração de eficiências compensatórias para casos de condutas e, portanto, qualquer restrição à concorrência - por menor que seja - deve ser condenada mesmo que apresente tais eficiências. Essa conclusão implicaria, na prática, tratar as condutas do art. 21 quase como ilícitas *per se*, o que contraria o entendimento dominante na área antitruste - de que não existe ilegalidade *per se* na lei brasileira.

Deve-se notar, ademais, que a interpretação dominante no CADE atualmente aceita a análise de eficiências compensatórias em casos de condutas.

Já no controle dos atos de concentração, a lei é clara e explicitamente compatível com a aplicação do princípio da razoabilidade, uma vez que os efeitos restritivos de tais atos podem ser compensados pelos ganhos de eficiência e outros aspectos positivos. Esta nada mais é que uma forma de pesar os efeitos potências pró e anticompetitivos... e, portanto, uma forma de analisar a *razoabilidade dos efeitos*.

Em suma, pode-se dizer que a ilicitude na lei antitruste brasileira pode ser identificada com a noção de *abuso de posição dominante*, o que é caracterizado: a) pelos efeitos restritivos da concorrência; e b) pela ausência de efeitos positivos compensatórios.

3.4. O Exame das Eficiências

Do que foi discutido anteriormente pode-se concluir que toda análise antitruste - seja de condutas ou atos de concentração restritivos da concorrência - envolve, como passo *conclusivo*, a avaliação de eventuais eficiências compensatórias. A análise das eficiências deve observar algumas condições:

- a) em primeiro lugar, deve-se deixar claro, desde logo, que o exame de eficiências é exigido *apenas se* houver um significativo risco de prejuízo à competição como decorrência do ato ou conduta em questão. Caso se avalie que *sequer existe* um efeito anticompetitivo, a análise será interrompida neste ponto (pois não haverá ilicitude da conduta nem será necessário impor condições para um ato de concentração), e a identificação e avaliação de eficiências será desnecessária;
- b) as eficiências consideradas como aptas a compensar os efeitos restritivos devem ser *decorrência necessária daquele ato ou conduta*, para justificar sua autorização por parte das autoridades antitruste (decorrência, aí, significa que é do interesse da empresa que tais eficiências sejam alcançadas; e, portanto, é racional - do ponto de vista econômico);
- c) deve-se comprovar, ainda, que as eficiências geradas por atos ou condutas restritivos não poderiam ser alcançadas de outra forma menos lesiva ao processo concorrencial. Só se justifica autorizar uma restrição

à concorrência se isso for uma condição necessária aos ganhos de eficiência alegados; caso contrário, tais ganhos poderiam ser alcançados com uma hipótese melhor para o bem-estar.

Em atos de concentração os ganhos típicos de eficiência são reduções de custos ligadas a economias de escala e de escopo, aumentos de produtividade e de qualidade, aperfeiçoamentos tecnológicos e diferentes tipos de sinergia resultantes da fusão, aquisição ou *joint ventures*. As eficiências normalmente geradas por condutas restritivas variam conforme a natureza da conduta.

4. O Controle de Condutas e de Estrutura na Lei 8.884/94

4.1. As hipóteses gerais de infração à ordem econômica

A lei regula, repressiva e preventivamente, a conduta dos agentes detentores de poder econômico, de modo a prevenir ou remediar situações que caracterizem infrações à ordem econômica, descritas genericamente no art. 20.

A primeira observação a ser feita, e já discutida brevemente antes, é a de que o art. 20 caracteriza o ilícito antitruste não pela descrição de atos em si, mas pelos efeitos que possam produzir:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Tais efeitos podem ser produzidos por quaisquer tipos de atos, independentemente de sua forma: o *caput* do art. fala em "... atos sob qualquer forma manifestados...". Assim, não existe, para a lei brasileira, uma categoria de atos que sejam tipicamente anticompetitivos.

Como já discutido anteriormente, a ocorrência desses efeitos pressupõe, como condição lógica, a existência de poder de mercado, sendo também bom lembrar que a lei não criminaliza a posição dominante em si. Nesse sentido, o domínio de mercado considerado ilícito, nos termos do inciso II, é apenas aquele alcançado por processo *não natural*, que não se fundamente na maior eficiência (art. 20, § 1º).

A posição dominante é definida como o controle de "*parcela substancial de mercado relevante*" por empresa ou grupo de empresas - o que implica admitir o exercício de posição dominante coletiva. É presumida quando se verifica uma parcela de mercado de 20% que, como mera **presunção**, admite prova em contrário.

Observe-se que o *caput* do art. 20 fala que os efeitos podem ser apenas potenciais: "...ainda que não sejam alcançados...". Implica que não se requer a demonstração de que efeitos tenham efetivamente ocorrido, podendo ser apontado um caráter preventivo também presente no controle de condutas: a finalidade da lei é prevenir que os efeitos anticompetitivos ocorram; não teria sentido permitir a atuação repressiva apenas depois de esses efeitos se verificarem, se ela puder ser feita antes.

Finalmente, deve-se notar que um ato pode ser caracterizado ilícito "*independentemente de culpa*"; ou seja, responsabiliza-se objetivamente³⁵ o sujeito da ação, dispensando-se a demonstração da culpa do agente - por negligência, imprudência ou imperícia - ao atribuir a este um dever legal (o dever de não produzir os efeitos listados nos incisos do art. 20, uma obrigação de não fazer, portanto).

O art. 20 é central na lei pois é em relação a ele que serão avaliados os efeitos anticompetitivos das condutas tipificadas no art. 21; mas também é por referência a ele que se efetua o controle preventivo: nesse sentido, o controle do art. 54 nada mais é do que a prevenção de atos de concentração que gerem condições estruturais propícias à ocorrência dos efeitos listados no art. 20³⁶.

4.2. As condutas anticompetitivas

As condutas anticompetitivas são tipificadas no art. 21 da lei 8.884/94. Duas observações preliminares se impõem na análise deste artigo: em primeiro lugar, seu elenco de condutas é **exemplificativo**, *i.e.*, os tipos previstos não esgotam todas as possibilidades de práticas restritivas ilícitas, na medida em que o próprio *caput* do artigo admite que outras condutas não previstas possam constituir infração, desde que provoquem algum dos efeitos descritos no art. 20.

Em segundo lugar, a ilicitude por ele atribuída às condutas descritas **subordina-se** à verificação das hipóteses gerais do art. 20. Não é demais lembrar que o sistema brasileiro caracteriza a ilicitude pelos efeitos - efetivos ou potenciais - das condutas, e não pela tipificação de uma conduta em si. Assim, o caráter ilícito de um comportamento, ainda que descrito no art. 21, só estará tipificado se tal comportamento puder provocar um dos efeitos anticompetitivos listados no art. 20.

O art. 21 elenca uma série de práticas restritivas da concorrência horizontais e verticais - tanto aquelas que prejudicam mais diretamente parceiros comerciais, concorrentes e/ou consumidores, quanto outras de caráter colusivo (acordos entre empresas que visam a diminuir pressões competitivas entre elas). A listagem das condutas é um tanto assistemática, mas podemos relacioná-las às práticas anticompetitivas típicas descritas na literatura antitruste, como se segue:

Práticas anticompetitivas típicas HORIZONTAIS	Correspondentes tipificadas na Lei 8.884/94, art. 21	Inc.
Formação de cartéis (formas de coordenação entre concorrentes do mesmo mercado); associações de profissionais	Fixar (ou praticar), em acordo com concorrentes, preços ou condições de venda	I
	Adotar conduta comercial uniforme entre concorrentes	II
	Combinar preços ou vantagens em licitações	VIII
	Dividir mercados p/ venda de produtos ou serviços, ou de insumos	III
Outros acordos entre empresas (Joint-ventures; alianças estratégicas etc.)	Regular mercados, estabelecendo acordos para: <ul style="list-style-type: none"> • limitar/controlar P&D; • limitar ou controlar a produção; • dificultar investimentos na produção ou na distribuição 	X
	Vender mercaderia abaixo do preço de custo	XVIII
Preços predatórios	Importar bens abaixo do custo no país de origem	XIX

Práticas anticompetitivas típicas VERTICAIS	Correspondentes tipificadas na Lei 8.884/94, art. 21	Inc.
Fixação de preços de revenda; restrições territoriais e de base de clientes	Impor condições de comercialização relativas aos negócios de distribuidores com terceiros	XI
Acordos de exclusividade	Impor condições de comercialização relativas aos negócios de distribuidores com terceiros	XI
	Estipular ou conceder exclusividade p/ publicidade nos meios de comunicação de massa;	VII
Discriminação de preços	Discriminar adquirentes ou fornecedores por meio de fixação diferenciada de preços ou outras condições de venda	XII
Recusa de venda	Recusar venda dentro das condições normais aos usos e costumes comerciais	XIII
	Dificultar/romper relações comerciais de prazo indeterminado, porque a outra parte recusou-se a se submeter a cláusulas anticoncorrenciais	XIV
Venda casada	Subordinar a venda de um bem à aquisição de outro	XXIII

Outras práticas não são comumente encontradas na literatura, mas constam da lei brasileira. São elas:

Alterações artificiais de preços	Impor preços excessivos ou aumentá-los sem justa causa	XXIV
	Provocar a oscilação de preços de terceiros por meios enganosos	IX
Práticas tendentes a diminuir a produção (restringir oferta)	Destruir/inutilizar insumos ou produtos acabados, ou equipamentos de produção, distribuição ou transporte	XV
	Abandonar ou destruir lavouros	XVII
	Interromper/reduzir produção em grande escala, injustificadamente	XX
	Cessar atividades, total ou parcialmente, sem justa causa	XXI
	Retor bens de produção ou de consumo	XXII

Deve-se observar ainda que condutas previstas nos incisos IV, V e VI do art. 21 - *limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades a constituição/ funcionamento/ desenvolvimento de concorrentes, fornecedores, compradores ou*

financiadores; impedir acesso de concorrentes a fontes de insumos, equipamentos e canais de distribuição - não constituem propriamente descrições de condutas específicas, mas de efeitos que podem ser provocados por vários tipos de práticas tipicamente anticompetitivas. Por isso, elas ocorrem quase sempre de forma conjugada a outras condutas: por exemplo, uma discriminação de preços pode criar dificuldades ao funcionamento de concorrentes; um acordo de exclusividade pode impedir o acesso de novas empresas ao mercado; etc.

O possível sujeito ativo de tais práticas pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, ou qualquer associação (constituída de fato ou de direito). Com essa definição ampla, o art. 15 da lei não limita os tipos de agentes que devem se submeter à lei; não faz referência ao tipo de atividade, nem ao propósito lucrativo³⁷, o que é importante para não limitar o escopo de aplicação das regras de defesa da concorrência (Forgioni, 1998: 145/6).

A da lei também submete à sua disciplina mesmo as pessoas ou entidades que "... *exercem atividade sob regime de monopólio legal*" (art. 15). Portanto, a regulação de certas atividades, em princípio, não as retira do escopo da lei antitruste, que se aplica a setores regulados, inclusive os serviços públicos (neste caso, coloca-se a questão da articulação institucional entre agências regulatórias - ou poder concedente - com as autoridades antitruste).

A responsabilidade pelas infrações à ordem econômica é atribuída, em princípio, à empresa ou entidade praticante da conduta, mas a lei estabelece a **responsabilidade solidária** por infrações: a) entre a pessoa jurídica (empresa) praticante da infração e seus dirigentes/administradores (art. 16); b) entre empresas do mesmo grupo³⁸ (art. 17). Trata-se, no caso, de solidariedade passiva: numa obrigação que possui dois ou mais sujeitos passivos (devedores) coobrigados, cada um deles pode ser demandado individualmente (cada devedor pode ser obrigado a satisfazer a totalidade da dívida); a satisfação da dívida por um deles extingue a obrigação quanto aos demais.

Deve-se observar, finalmente, que a caracterização de um ilícito antitruste não exclui a possibilidade de que o mesmo fato constitua infração sob a ótica de outros sistemas legais. Nesse sentido, o art. 19 da lei 8.884 é claro ao estabelecer a **independência dos ilícitos**: não é porque houve punição à infração pela lei antitruste que as repercussões do mesmo fato em outras ordens jurídicas ficarão isentas de responsabilidade; do mesmo modo, não é porque houve punição pela lei antitruste que, necessariamente haverá punição de outros ilícitos originados do mesmo fato, como notam Popp & Abdala (1994).

Quando uma conduta é julgada com infração à ordem econômica pelas autoridades administrativas, ela fica sujeita a diversos tipos de conseqüências jurídicas (no plano administrativo, civil e penal):

a) Sanções administrativas

- obrigação de fazer cessar a prática ilícita, por determinação do CADE;
- multa pela infração, que pode variar entre 1% a 30% do faturamento bruto (art. 23); para entidades *não-empresas* a lei prevê multa no valor de 6 mil a 6 milhões de UFIR's.

Essas conseqüências se aplicam sempre. Opcionalmente, pode-se ainda impor multa para o administrador, se apurado que foi direta ou indiretamente responsável pela infração, no valor de 10% a 50% do valor da multa aplicável à empresa. A lei prevê ainda outras penalidades (art. 24), a serem aplicadas a infrações de maior gravidade: publicação da decisão; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações; recomendação ao INPI para conceder licença compulsória de patentes; podendo até impor a cisão de sociedade, transferência de controle acionário, e outras medidas necessárias para a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência.

b) conseqüências judiciais civis: art. 29 - prejudicados podem pedir em juízo a cessação da prática e *indenização por danos*, lembrando que esta última só pode ser reivindicada com base na lei antitruste se ao prejuízo individual se associar *também* algum prejuízo à *concorrência*.

c) conseqüências penais: são estabelecidas na Lei 8.137/90, art. 4º, que tipifica *crimes contra a ordem econômica*, para os quais prevê-se uma pena de 2 a 5 anos de reclusão ou multa.

4.3. O controle das condições estruturais dos mercados

No lado preventivo, associado ao chamado controle de estrutura, a lei busca prevenir situações que possam levar ao exercício abusivo de posição dominante, mediante o controle prévio de atos e contratos, estabelecido no art. 54. Esse dispositivo obriga a submissão ao CADE de quaisquer atos ou contratos (como fusões, incorporações, formação de Grupos de sociedades ou *Holdings*, contratos de cooperação etc.): a) dos quais possam resultar danos à concorrência; b) dos quais possa resultar a dominação do mercado relevante. Essas duas hipóteses previstas no *caput* do art. 54 são as mesmas infrações dos incisos I e II do art. 20.

Considera-se que podem produzir tais resultados os atos de que resulte dominação de mercado superior a 20%, ou quando algum participante tiver faturamento anual bruto de R\$ 400 milhões (art. 54, §3º).

É comum designar esses atos que se submetem ao controle prévio como **atos de concentração**. Como esclarece Forgioni, concentração é termo geralmente empregado para identificar situações nas quais os participantes perdem sua autonomia (fusão, aquisição, incorporação, formação de grupo. Ocorreria concentração toda vez que: a) existem, num primeiro momento dois (ou mais) agentes dotados de autonomia decisória; b) posteriormente, tais centros decisórios são unificados - ou sob a direção de um dos participantes, ou pela criação de uma nova entidade; c) ocorre modificação na estrutura de propriedade ou de gestão de algum dos participantes (Forgioni, 1998:356).

O *caput* do art. 54, todavia, não delimita os tipos formais de atos que devem ser submetidos à análise e, a rigor, nem faz referência à necessidade de que se caracterizem como atos de *concentração*. A referência à concentração vem no § 3º, ao afirmar que *incluem-se* dentro os atos

analisáveis, aqueles que visarem a qualquer forma de concentração econômica etc.; o fato de estes serem *incluídos* na categoria, não implica que outros - que eventualmente não impliquem concentração propriamente dita - sejam *excluídos*.

Dá que alguns tipos de *contratos*, apesar de não implicarem mudança na estrutura societária nem transferência de propriedade³⁹, podem ser enquadrados: por exemplo, contratos de cooperação, contratos de distribuição, consórcios societários, redes de franquias etc.

Vale observar que o controle do art. 54 alcança também as integrações verticais com potencial anticompetitivo.

A avaliação desses atos, submetidos ao CADE na forma do art. 54, envolve análise de seu impacto sobre o(s) mercado(s) relevante(s) da operação, para verificar em que medida provoca a diminuição do grau de concorrência existente antes da concentração (Forgioni, 1998: 375). Na lei brasileira, esta análise é um *passo prévio* para se determinar se um dado ato se *enquadra no art. 54, caput*. Se efetivamente um ato pode provocar a diminuição da concorrência, o passo seguinte é verificar se seus efeitos restritivos podem ser compensados pelas condições do § 1º.

Os atos de concentração, mesmo que provoquem algum efeito restritivo, não são proibidos *per se*; apenas sujeitos à aprovação do CADE que para isso leva em conta as *eficiências* deles resultantes, tais como descritas no § 1º do art. 54: aumento de produtividade, qualidade ou eficiência; benefícios partilhados com os consumidores; não eliminação da concorrência em parte substancial do mercado; observância de limites *estritamente necessários* aos objetivos.

Em algumas circunstâncias, a aprovação de tais atos pode ser submetida à assinatura de *Compromisso de Desempenho*, previsto no art. 58 da Lei, que constitui documento hábil para possibilitar o monitoramento, pelas autoridades antitruste, do cumprimento das condições do § 1º do art. 54 que justificaram a aprovação do ato⁴⁰.

5. Estrutura Institucional e Procedimentos da Aplicação da Lei Antitruste

5.1. Estrutura Institucional de aplicação da lei

A estrutura institucional de aplicação da lei 8.884/94 é formada, basicamente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), encarregado do julgamento dos casos, e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com funções investigatórias e instrutórias. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) pode participar dos processos como parecerista e representante, em alguns casos. Apresentam-se, resumidamente, a seguir a composição e as principais funções desses órgãos.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - É a instância decisória do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: é quem analisa e julga os processos administrativos em casos de condutas e os atos de concentração submetidos à apreciação na forma do art. 54. Nos processos administrativos, o CADE decide se há ou não a infração, determina a cessação da prática ilícita e aplica multas; antes da decisão final, o Conselho pode ainda adotar medidas preventivas (art. 52) e celebrar compromisso de cessação de prática (art. 53). Nos atos de concentração o CADE autoriza-os ou não, podendo ordenar a desconstituição do ato, se for o caso.

O CADE é considerado órgão judicante, constituído sob a forma de autarquia. É composto por sete conselheiros nomeados pelo Presidente da República com prévia aprovação do Senado. Os conselheiros não ocupam *cargo de confiança*, mas sim possuem mandato fixo de dois anos, renovável uma vez. Só perdem o cargo em circunstâncias especiais (descritas no art. 5º da Lei 8.884).

As decisões do CADE constituem a última instância administrativa (art. 50) - *i.e.* não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser questionadas apenas no Judiciário - e têm força de título executivo extrajudicial (art. 60).

Secretaria de Direito Econômico (SDE) - É órgão investigador do Ministério da Justiça, que recebe, conhece e apura as denúncias de infração à ordem econômica e decide sobre procedência destas, remetendo o processo ao CADE para julgamento. Para isso, a SDE promove averiguações preliminares (mediante representação ou de ofício) para apurar indícios de infração que, se existentes, propiciam a abertura de processo administrativo, no qual se colhem as provas - documentais e testemunhais - da conduta investigada bem como a defesa do acusado. No curso do processo a SDE pode adotar medidas preventivas (art. 52) e celebrar compromisso de cessação de prática, *ad referendum* do CADE (art. 53).

Cabe também à SDE manifestar-se sobre atos de concentração (art. 54, § 6º).

A Secretaria possui poderes fiscalizatórios, devendo monitorar e acompanhar as práticas de mercado.

A secretaria é dirigida por um secretário indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República. As decisões do Secretário da SDE nos processos administrativos não são passíveis de revisão por superior hierárquico (art. 41); apenas pelo CADE.

Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) - Tem, fundamentalmente, o papel de emitir pareceres sobre aspectos econômicos dos casos analisados: facultativamente, em processo administrativo promovido pela SDE para apuração de infração (art. 38); e obrigatoriamente em atos de concentração submetidos à análise do CADE (art. 54, § 6º).

Essa Secretaria também pode apresentar representação perante a SDE, quando verificar indícios de infração à ordem econômica (*aumento arbitrário de lucros ou exercício abusivo de posição dominante*), devidos à imposição de preços excessivos ou ao aumento injustificado de preços. Nesses casos, a SEAE pode convocar os responsáveis para justificar a conduta e, se considerar não justificado o preço, deve representar à SDE, para que esta instaure processo administrativo (Lei 9.021/95, art. 10).

5.2. Procedimentos para Apuração de Casos de Condutas

Primeira Fase: tramita pela SDE e tem o nome de *Averiguações Preliminares* (art. 30). Esta fase tem por finalidade apurar *apenas se existem indícios* de infração à ordem econômica que justifiquem a abertura de posterior processo administrativo, constituindo procedimento sigiloso. A averiguação deve ser concluída em 60 dias.

Um procedimento de averiguação preliminar pode ser iniciado de ofício ou em virtude de representação de qualquer interessado.

Conforme a Portaria MJ 849/2000, que regula os procedimentos administrativos necessários à apuração de infrações à ordem econômica na SDE, a **representação** deve conter:

- a) qualificação de representante e representado;
- b) descrição clara e coerente dos fatos a serem apurados;
- c) indicação dos demais elementos relevantes para o esclarecimento do seu objeto, como por exemplo: os efeitos da prática sobre o mercado, informações sobre os mercados afetados etc. (Portaria 849, arts. 3º).

A SDE pode ou não admitir a representação, usando, para essa decisão, dois critérios (Portaria 849, art. 4º):

- a) a possibilidade de a prática produzir efeitos anticoncorrenciais;
- b) indícios da existência de poder de mercado dos agentes envolvidos.

Seja iniciada por representação, seja de ofício, a finalidade da averiguação preliminar é apurar indícios de infração. Para isso, a SDE pode requisitar informações, esclarecimentos ou documentos tanto ao

representado quanto a outras pessoas e entidades (Portaria 849, art. 9º). A decisão do Secretário da SDE pode ser:

- a) de arquivamento do processo, no caso de não serem constatados os tais indícios (com recurso de ofício ao CADE⁴¹);
- b) de instauração de processo administrativo, especificando os fatos a serem apurados.

Os requisitos do despacho do Secretário que instaura processo administrativo estão descritos no art. 12 da Portaria 849; consistem, basicamente em delimitar o objeto da investigação, especificando os fatos já apurados e por apurar, indicar o mercado possivelmente afetado pela conduta e todas as demais informações que devam ser conhecidas pelo representado a fim de permitir-lhe ampla defesa.

Segunda Fase: tramita também pela SDE, iniciando-se pela instauração de *processo administrativo*, regulado pelo arts. 32 e seguintes da Lei 8.884.

A instauração de processo administrativo deve ocorrer quando há indícios suficientes de infração. Nesse sentido, ela pode prescindir do procedimento prévio de averiguações preliminares se se demonstram claramente desde logo tais indícios. Isso está previsto para casos de representação que contenham a demonstração inequívoca de indícios de infração (Portaria 849, art. 3º, § 2º) e para representação de Comissão do Congresso Nacional (Lei 8.884, art. 30, § 2º).

O processo administrativo compreende, resumidamente, os seguintes passos:

- a) notificação ao representado para apresentar sua defesa, no prazo de 15 dias, sob pena de revelia (art. 33 da lei);
- b) notificação à SEAE, que pode, facultativamente, emitir parecer até encerramento da instrução (art. 38 da lei);
- c) *instrução*: a SDE apura os fatos e responsabilidades, para isso realizando as diligências cabíveis e a produção de provas; pode requisitar informações, colher depoimentos, ouvir testemunhas, determinar a realização de levantamentos contábeis, perícias técnicas

e auditorias, inspecionar instalações e documentos do representado, etc. (art. 35 da lei). A instrução deve ser concluída em 45 dias após o prazo para apresentação de defesa (prorrogáveis por mais 45);

- d) concluída a instrução, o representado tem 5 dias de prazo para apresentar suas alegações finais;
 - e) decisão do Secretário da SDE (art. 39 da lei):
 - se **improcedente** a denúncia, determina o arquivamento do processo, decisão esta que tem recurso *ex officio* ao CADE;
 - se **procedente**: remessa do processo ao CADE p/ julgamento.
- (os arts. 13 a 27 da Portaria 849 detalham esses procedimentos no âmbito da SDE)

No curso do processo administrativo perante a SDE, o Secretário pode adotar uma **Medida Preventiva**, na forma do art. 52 da Lei 8.884, o que é cabível quando houver ameaça de "*lesão irreparável ou de difícil reparação*" ao mercado. A Medida Preventiva:

- a) implica ordem para a imediata cessação de prática;
- b) pode estabelecer também multa diária pelo descumprimento da ordem;
- c) dessa ordem cabe recurso voluntário (da representada) ao CADE/ Plenário, em 5 dias (sem efeito suspensivo).

A lei também abre a possibilidade de, em qualquer fase do processo administrativo, celebrar-se um **Compromisso de Cessação de Prática** entre autoridade e representado. Conforme o art. 53 da lei 8.884, este é um compromisso pelo qual o acusado se obriga a fazer cessar a prática investigada, sem contudo implicar em confissão ou reconhecimento de sua ilicitude. O instrumento estabelece obrigações ao representado e multa diária por seu descumprimento; obriga também à apresentação de relatórios periódicos sobre sua atuação no mercado, e constitui título executivo extrajudicial. Por outro lado, o acordo pode beneficiar o acusado, à medida que suspende o processo administrativo, que será arquivado mediante a verificação do cumprimento integral do compromisso.

Mais recentemente, a Medida Provisória 2.055/00 excluiu as condutas de cartel (diversos tipos de acordos entre empresas previstos nos incisos I, II, III e VIII do art. 21) da possibilidade de celebrar Compromisso de

Cessaçãõ de Prática (art. 53, § 5º).

Essa mesma MP também introduziu algumas inovações nos procedimentos de investigação de práticas anticompetitivas, basicamente fortalecendo os poderes da SDE na instrução dos processos para facilitar a obtenção de provas.

A principal mudança, nesse sentido, foi a criação da figura do *Acordo de Leniência* (art. 35-B), pelo qual empresas que colaborarem com a instrução do processo podem se beneficiar de penas reduzidas ou mesmo ter extinta a ação punitiva.

Além disso, ampliaram-se as possibilidades de ação da SDE na busca de provas (inclusive durante as Averiguações Preliminares, cf. art. 30, § 1º):

- i) a SDE pode determinar inspeção na empresa investigada (art. 35, §§ 2º e 3º);
- ii) prevê-se multa para quem obstruir essa inspeção (art. 26-A);
- iii) SDE pode requisitar mandado de busca e apreensão ao Judiciário, via AGU (art. 35-A, *caput*).

A MP 2055 também acabou com a necessidade de sigilo nas Averiguações Preliminares; o sigilo é decidido pelo secretário da SDE (art. 30, *caput* e § 3º).

Terceira Fase: tramitação do processo administrativo perante o CADE, para julgamento. Nessa fase, o CADE vai analisar e decidir sobre a existência de infração à ordem econômica. O processamento perante o Conselho compreende, resumidamente, os seguintes passos:

- a) distribuição para um Conselheiro-Relator que, verificando a instrução do processo, pode, inclusive, buscar novas provas e determinar a realização de diligências complementares (art. 43 da Lei);
- b) o processo deve ter o parecer da Procuradoria, em 20 dias (art. 42);

- c) pode-se realizar audiência de instrução, que pode ter a presença do representado (Regimento Interno do CADE/Resolução nº 12, art. 12);
- d) julgando o processo devidamente instruído, o Relator deve incluí-lo na pauta de julgamento do Plenário, que tomará a decisão final, numa sessão com presença e direito de palavra às partes interessadas (art. 45); a decisão, quando for pela existência de infração, deverá conter:
 - a determinação de cessar a prática e das providências necessárias para isso;
 - os prazos para cumprimento da ordem;
 - a multa pela infração; a multa diária pelo eventual descumprimento da ordem de cessação (art. 46).

As decisões do CADE constituem título executivo extrajudicial (art. 60).

As multas pela infração determinadas pelo Conselho são estabelecidas no art. 23 da lei 8.884 e podem ser:

- a) para a empresa (Pessoa Jurídica): 1% a 30% do faturamento bruto;
- b) p/administrador, se apurado que foi direta ou indiretamente responsável pela infração: 10% a 50% do valor da multa aplicável à empresa;
- c) p/ entidades não-empresas: 6 mil a 6 milhões de UFIR's.

Outras penalidades complementares são previstas no art. 24. Além disso, o CADE pode estabelecer multa diária por desobediência às suas determinações do CADE (art. 25).

Deve-se observar, finalmente, que também no CADE podem ser determinadas Medidas Preventivas e celebrados Compromissos de Cessação de prática, como já explicado acima.

O CADE está, atualmente, elaborando uma proposta de Resolução que regulamente em mais detalhes o processo administrativo. No essencial, a proposta estabelece os requisitos de análise econômica das condutas anticompetitivas mais típicas e comuns.

5.3. Procedimentos para Análise dos Atos de Concentração

A análise dos atos submetidos à apreciação do CADE na forma do art. 54 observa os seguintes procedimentos básicos:

- a) o pedido de autorização deve ser feito à SDE, previamente ou em até 15 a contar da realização do ato, em 3 vias (remetidas uma ao CADE e outra à SEAE);
- b) a SDE determina a divulgação do ato no Diário Oficial, com objetivo de receber manifestação de quaisquer interessados sobre os efeitos da operação (*consulta ao mercado*) (Portaria SDE nº 5/96, art. 13);
- c) a SDE pode determinar a realização de audiência de instrução (Portaria SDE nº 5/96, art. 15), e pedir mais documentos e informações às requerentes;
- d) a SEAE dá parecer técnico em 30 dias;
- e) a SDE manifesta-se em 30 dias; (art. 54, § 6º)
- f) CADE delibera em mais 60 dias; não observado este prazo, o requerimento será considerado aprovado automaticamente;

A Resolução nº 15/98 do CADE estabelece os documentos e informações que constituem requisitos dos requerimentos de autorização dos atos de concentração e regula alguns detalhes dos procedimentos necessários à análise desses atos.

Os requisitos relativos à instrução (o que inclui os documentos e informações a serem apresentados pelas partes interessadas) variam conforme a complexidade do caso, podendo ser de 3 tipos:

Instrução normal (art. 1º), aplicável a todos os casos, que implica o preenchimento das informações contidas no Anexo I da Resolução nº 15. Tal Anexo lista uma série de informações e documentos a serem apresentados, agrupados em:

- a) informações sobre as requerentes, incluindo controle acionário, participação em grupo econômico, faturamento, setor de atividade etc.;
- b) descrição do Ato ou Contrato para o qual se requer a

autorização;

c) documentos a serem apresentados;

d) descrição dos mercados de atuação das requerentes, identificando-se suas respectivas linhas de produtos/serviços;

e) informações sobre o(s) mercado(s) relevante(s) da operação, incluindo análise das condições de entrada, participação de importações, informações sobre valor e volume de produção/vendas, principais parceiros comerciais das requerentes e estimativa de suas respectivas participações nesse(s) mercado(s).

Instrução complementar, decidida mediante uma análise preliminar do processo pelo Conselheiro Relator, na forma do art. 7ª. O Relator solicita, então, às requerentes, a prestação de informações adicionais, relacionadas no Anexo II da Resolução 15. Tal Anexo requer, resumidamente:

a) uma análise mais detalhada sobre os mercados relevantes afetados pela operação;

b) a demonstração das eficiências a serem geradas pela operação;

c) informações adicionais ao Anexo I, sobre as requerentes e o ato a ser apreciado;

d) outros documentos necessários.

Procedimento simplificado (art. 8ª), a ser utilizado, por decisão do Conselheiro Relator *ad referendum* do Plenário, para atos que não apresentem indícios de danos potenciais à concorrência. Nesses casos, o Relator declara formalmente esse ausência de indícios, prescindindo de qualquer procedimento de instrução complementar (preenchendo uma declaração padronizada no Anexo III da referida Resolução).

Como consequência, o ato não é incluído na pauta de julgamentos do CADE, deixando-se correr os prazos legais (30 dias p/ parecer da SEAE; 30 dias p/ manifestação da SDE; 60 dias para o CADE), e sendo aprovado por decurso

de prazo, nos termos do § 7ª do art. 54 da Lei.

Qualquer interessado (inclusive a SEAE e a SDE) pode solicitar, de forma fundamentada, que o ato seja submetido a julgamento (art. 9ª).

O CADE também pode determinar a realização da *Consulta ao Mercado* (art. 5ª da Resolução nº 15), caso a SDE ou a SEAE ainda não a tenham realizado. Nesse caso, a Resolução estabelece, em seu Anexo IV, as informações que clientes, concorrentes e fornecedores devem procurar prestar, de modo a subsidiar a análise do ato em questão.

A decisão do CADE, na apreciação dos Atos de Concentração pode ser de aprovação, aprovação com condições ou desaprovação. Neste último caso, o CADE determinará as providências cabíveis para sua desconstituição (art. 54, § 9ª).

Nos casos de desaprovação ou aprovação com condições, os requerentes podem pedir a reapreciação da decisão, baseado em fatos ou documentos novos (Resolução 15, art. 10); o Conselheiro-Relator, a quem será dirigido o requerimento, defere ou indefere o processamento do pedido de reconsideração, *ad referendum* do Plenário.

Para casos de atos cuja análise envolva a participação de agências regulatórias, a Resolução nº 15 previu a possibilidade de serem utilizados procedimentos desenvolvidos em conjunto com cada órgão (art. 15).

BIBLIOGRAFIA

- BRUNA, S.V. (1997). *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- BRUNA, S.V. (1998). Revisibilidade das Decisões do CADE em Atos de Concentração, *in Arché*, ano VII, n. 20:127-148.

- COHEN, W. (1997). Per Se Illegality and Truncated Rule of Reason: the search for a foreshortened antitrust analysis (<http://www.ftc.gov>).
- FERRAZ, Jr., T.S. (1995). Da Abusividade do Poder Econômico, *in Revista de Direito Econômico*, n. 21:23-30, (out./dez.).
- FERRAZ, Jr., T.S. (1997). Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração, *in Revista do IBRAC*, 4(6):87-89.
- FERRAZ, Jr., T.S. (1998). Das Condições de Obrigatoriedade de Comunicação de Atos de Concentração, *in Revista do IBRAC*, 5(2):07-15.
- FORGIONI, P. (1998). *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, Revista dos Tribunais
- KRATTENMAKER, T.G. (1996). Per Se Violations in Antitrust Law: confusing offenses with defenses, *in* Gavil, A.I. (ed.), *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing.
- MELLO, M.T.L. (1999). Defesa da Concorrência no Setor Elétrico, *in Revista do IBRAC*, 6(5):31-61.
- POPP, C. & ABDALA, E.V. (1994). *Comentários à Nova Lei Antitruste*. Curitiba: Juruá.
- POSSAS, M.L., PONDÉ, J.L. & FAGUNDES, J. (1998). Introdução às Políticas de Defesa da Concorrência, IE/UFRJ (mimeo, 5 p.)
- ROCHA, B.M. (1998). Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência, *in Revista do IBRAC*, 5(7):47-58.
- SALGADO, L.H. (1996). Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.
- SALGADO, L.H. (1997). O Conceito de Mercado Relevante. *in* Revista de Direito Econômico, no 26, agosto/dezembro.
- SALOMÃO Filho, C. (1996). Atuação Estatal e Ilícito Antitruste, *in Revista de Direito Econômico*, n. 24:35-50 (jul./dez.).
- SALOMÃO Filho, C. (1998). *Direito Concorrencial – as estruturas*. São Paulo, Malheiros.
- SCHUARTZ, L.F. (1998). Dogmática Jurídica e Lei 8.884/94, *in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 6, n.23, abril/junho.

- SCISINIO, A.E. (1998). *As Maiorias Acionárias e o Abuso de Direito*. Rio de Janeiro: Forense.

ANEXOS

ANEXO 1 – A legislação norte americana de defesa da concorrência

A primeira lei antitruste americana – conhecida como *Lei Sherman* – data de 1890. No essencial, essa lei buscou consolidar e sistematizar questões que já eram discutidas anteriormente pelo Judiciário sob o prisma privado (antes da Lei, empresas prejudicadas por atos anticompetitivos de suas concorrentes já podiam contestar judicialmente tais atos alegando prejuízos individuais). A inovação mais importante da *Lei Sherman* foi permitir a contestação de contratos, acordos ou práticas comerciais por iniciativa do Estado ou de terceiros (*i.e.*, permitiu tratar a concorrência como bem jurídico de interesse da sociedade em geral, e não apenas das firmas eventualmente prejudicadas por práticas anticompetitivas). Tal Lei é composta de duas seções:

- Seção 1: proíbe “contratos, combinações em forma de truste ou de outro tipo, ou conspirações para restringir o comércio...” (essencialmente, proíbe cartéis explícitos);
- Seção 2: proíbe tentativas de monopolizar mercados, por iniciativa individual ou combinada (o que não implica a proibição de monopólios em si, quando alcançados por meios competitivos normais).

A forma genérica da *Lei Sherman* levou os legisladores a detalhar melhor a repressão a certas condutas por uma nova lei – a *Lei Clayton*, de 1914 – que, no essencial, proíbe:

- na Seção 2, a discriminação de preços com efeitos anticompetitivos (esta seção foi posteriormente emendada pela *Lei Robinson-Patman*, de 1936);
- na Seção 3, as práticas de venda casada (*tie-ins*) e de acordos de exclusividade (*exclusive dealing*), quando gerem prejuízos à concorrência;
- na Seção 7, as fusões que possam prejudicar a concorrência (posteriormente emendada pela *Lei Celler-Kefauver*, em 1950);

- na Seção 8, o controle de firmas competidoras por meio de participações cruzadas nas respectivas direções executivas (*interlocking directorates*).

Também em 1914 foi criada por lei a *Federal Trade Commission (F.T.C.)*, responsável – ao lado do Departamento de Justiça (*Dept. of Justice – D.o.J.*) – pela aplicação das leis antitruste e pela promoção de ações de defesa da concorrência junto ao Judiciário.

O caráter jurisprudencial do sistema jurídico nos EUA torna tão ou mais importante que a própria lei a jurisprudência dos Tribunais criada pela sua aplicação ao longo do tempo.

ANEXO 2 – A Abordagem ‘per se’ nos EUA - Custos e Benefícios

Custos:

possibilidade de condenar uma prática que não tenha efetivamente causado dano à concorrência, ou mesmo uma conduta que tenha efeitos positivos; o custo será maior se a conduta condenada tiver estes efeitos benéficos para a concorrência.

Benefícios:

- a) evita custos do sistema judicial e das partes litigantes necessários à solução de um litígio com base na *rule of reason* (custos públicos e privados);
- b) solução mais rápida; evita gasto de tempo discutindo uma prática que, na maioria das vezes, efetivamente causa dano à concorrência;
- c) clareza das regras: certeza jurídica; serve de guia para os agentes (tem, portanto, um efeito antecipatório de evitar que sejam cometidas práticas que, na maioria das vezes, são perniciosas).

Conseqüências do status de per se (nos EUA)

- a) em alguns casos, a conduta pode ser condenada sem necessidade de demonstrar poder de mercado do agente (porque esse poder é suposto);
- b) desnecessidade de demonstrar efeitos anticompetitivos (o denunciante não tem o ônus da prova da existência de efeitos anticompetitivos);
- c) desnecessidade de demonstração da não razoabilidade de seus resultados;

ambos - a existência de efeitos e a não razoabilidade destes - estão implícitos e supostos na conduta em questão;

c) condenação se dá sem considerar justificativas do acusado - ou, pelo menos, certos argumentos são inadmissíveis como defesa, e são desconsiderados (v. Krattenmaker, 1996).

NOTAS

¹ Encontra-se atualmente em discussão uma proposta que altera essa lei. Acreditamos, porém, que a proposta, se efetivada, não vá alterar os aspectos básicos de nosso sistema de defesa da concorrência – tais como a forma de caracterizar o ilícito e os passos essenciais de análise necessários; ao que tudo indica, as alterações propostas se concentram na parte da lei relativa à estrutura institucional de sua aplicação (mudanças nas atribuições dos órgãos antitruste e na sua inserção na Administração Pública).

² Todos os agentes do poder público que tomam decisões que possam afetar as condições de concorrência nos mercados devem levar em conta os impactos concorrenciais de seus atos. Por exemplo: se uma entidade da Administração Pública, ao fazer uma concessão, estabelece a não exclusividade do serviço concedido (quando isso for economicamente viável), age não apenas de acordo com a legislação mais diretamente pertinente (as leis de concessão de serviços públicos), mas também aplica o princípio da concorrência. Quando o Ministério da Saúde promove uma política de medicamentos genéricos, tem em vista diminuir o poder de mercado de certas empresas propiciado pela *marca registrada*, criando condições para uma maior concorrência no setor farmacêutico; essa ação, num certo sentido, é uma “defesa da concorrência”, embora não se consubstancie propriamente na aplicação da lei antitruste.

³ Entendida (essa forma) como “regras pragmáticas do discurso jurídico que regulam a interação comunicativa entre os personagens chamados a participar, como autoridades ou sujeitos, do “jogo do Direito”, as quais enformam seletivamente todo e qualquer material bruto que lhes seja submetido” (Schuartz, 1997:11). A noção de regras

pragmáticas é de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

- 4 É por isso que a existência de poder de mercado é condição para a aplicação da lei antitruste, como se verá adiante.
- 5 A lei brasileira é clara a esse respeito (v. art. 20, § 1º)
- 6 São práticas restritivas horizontais aquelas que visam, de algum modo, a reduzir a concorrência entre empresas que participam de um mesmo mercado, tais como acordos para fixação de preços, divisão combinada de mercados etc.
- 7 Chamam-se de verticais as práticas que "limitam o escopo das ações de dois agentes que se relacionam como compradores e vendedores ao longo da cadeia produtiva" (Possas et alii, 1998:1), tais como a imposição de preços de revenda, venda casada etc.
- 8 Podem também ser objeto de controle as fusões *conglomeradas*, entre empresas de mercados distintos mas relacionados estrategicamente - *i.e.*, com proximidade de linha de produtos ou de localização.
- 9 Nem poderia ser diferente, uma vez que a concorrência consiste num processo movido por agentes econômicos privados e o seu resultado, no resultado da interação de diversas decisões desses mesmos agentes, não passível de conhecimento *a priori*.
- 10 Juridicamente isso tem uma implicação importante: qualquer conduta, mesmo que não prevista expressamente na lei, pode ser considerada ilícita se provocar efeitos anticoncorrenciais.
- 11 Diz-se que um interesse é *difuso* quando não se pode determinar com precisão quais os indivíduos que pertencem ao grupo.
- 12 Tais sistemas se diferenciam pelos objetivos visados e também em relação às técnicas de análise, aos conceitos utilizados e aos canais institucionais competentes para garantir os direitos protegidos. O sistema de repressão à Concorrência Desleal (que é um dos objetos da Lei 9.279/96, a mesma que trata da propriedade industrial) estabelece regras

para as relações entre particulares (concorrentes); o âmbito de aplicação da lei é o das relações privadas e o interesse tutelado de forma imediata é o do concorrente que pode sofrer danos por atos *desleais* (como por exemplo, divulgar informação falsa sobre produto de concorrente para desviar sua clientela). No caso da Defesa do Consumidor, os interesses tutelados pela lei são aqueles de consumidores *finais* - individual ou coletivamente. Embora muitos dos interesses de consumidores possam ser afetados por práticas anticompetitivas ou pelo fato de que a concorrência está ausente num certo mercado, isso não é uma condição necessária para a aplicação da lei do consumidor ou para o reconhecimento de direitos (há direitos de consumidor mesmo que não se verifique dano à concorrência). A defesa do consumidor é também objeto de uma lei específica - a Lei 8.078/90.

13 O art. 29 da Lei 8.884 prevê a possibilidade de ação judicial para defesa de interesses individuais ou individuais homogêneos - por exemplo, de um grupo de consumidores, de um grupo de empresas concorrentes, de parceiros comerciais (em casos de restrições verticais) etc. - para obter cessação da prática e indenização. Essa ação pode ser proposta tanto pelo(s) prejudicado(s) quanto pelo Ministério Público, pelo Estado e suas entidades ou por associações privadas (cf. art. 82 da Lei 8.078/90), e independe do processo administrativo.

14 *I. e.*, porque houve dano à concorrência, também pode haver danos individuais (de um ou alguns concorrentes ou de consumidores), mas não necessariamente; de qualquer modo, o ressarcimento de danos individuais ou individuais homogêneos só pode ser proposto perante o Judiciário e *se subordina* à existência de danos ao processo de concorrência.

15 No documento *Diretrizes para Análise de Fusões Horizontais (Horizontal Merger Guidelines)* do FTC/DoJ, de 1992.

16 O lado da oferta é incorporado na análise num passo posterior, como se verá adiante.

17 Vê-se, assim, que o conceito de mercado relevante, embora construído totalmente com técnica econômica, é, em última análise, um conceito jurídico, dada a absoluta necessidade de definir previamente a proporção de aumento de preço que se considera abusiva.

¹⁸ Por exemplo, uma firma que detenha poder de mercado também pode baixar artificialmente seus preços por tempo suficiente para gerar prejuízos a concorrentes, a fim de excluí-los do mercado. Essa e outras condutas tipicamente anticompetitivas serão discutidas adiante.

¹⁹ O HHI (índice de *Herfindahl - Hirschman*) é de longe o mais usado na área antitruste, em função de sua simplicidade e qualidades técnicas (é pouco sensível ao *market share* de empresas de pequena participação, o que permite usar dados incompletos sem acarretar séria imprecisão). O índice é definido como: $HHI = \sum s_i^2$, onde s_i é o *market share* da empresa i , que pode ser expresso em números absolutos ou (mais frequentemente) em porcentagens; nesse caso, o valor do índice estará situado entre 0 e 10.000.

²⁰ Isso é importante, porque o poder de mercado pode também ser exercido coletivamente.

²¹ Embora não exclusivamente, pois outros aspectos (distributivos, p. ex.) podem ser levados em conta.

²² Cf. Scicínio (1998:61), citando Juan Carlos Molina (*Abuso del Derecho, Lesión e Imprevisión*, Buenos Aires, Astrea, 1969)

²³ O ato ilícito no sentido clássico do Direito Civil pressupõe culpa do agente e implica transgressão dos limites estabelecidos pela lei ou violação de dever legal; não se caracteriza como tal quando decorre do "exercício regular de direito reconhecido" (C.Civ., art. 160)

²⁴ *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1969), apud Scicínio (1998:59).

²⁵ Campos, P.A. *Abuso do Direito*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Depto de Direito Civil da FADUSP.

²⁶ No mesmo sentido, Warat, para quem a teoria do abuso de direito visa à justiça, considerada não apenas desde o texto da lei, mas principalmente em relação a um ideal mais substancial; a finalidade da concessão de uma prerrogativa jurídica é assegurada não só pela observância dos limites concretos descritos no texto legal, mas também das fronteiras -

menos aparentes - que derivam da função social daquele direito. Op.cit., apud Scicínio (1998:59).

²⁷ Lembre-se que o abuso ocorre dentro dos limites do direito (não é ato ilícito); portanto, qualquer direito pode ser exercido abusivamente.

²⁸ Com a ressalva de que *poder econômico* não constitui um direito subjetivo - não se pode dizer que alguém tenha *direito* ao exercício do poder econômico. Trata-se, antes, de uma situação de fato permitida negativamente "isto é, permitida na medida em que não é proibida (mas não permitida positivamente, isto é, autorizada por normas permissivas expressas)" (Ferraz Jr., 1995:24). Forgioni (1998) chama atenção para essa diferença, afirmando que, em antitruste, o abuso seria de uma posição "e não de um poder derivado de um direito, assegurado pelo ordenamento jurídico. Segundo a autora, existe uma diferença também quanto aos interesses tutelados: a teoria do abuso de direito engloba hipóteses que, por vezes, se referem unicamente às relações entre agentes econômicos privados, na tutela de seus respectivos interesses, nas quais o objetivo seria o de "...evitar o abuso de direito de um para que o outro não seja prejudicado" (Forgioni, 1998:278). Obviamente, tais relações não se encaixam no âmbito do direito antitruste.

²⁹ Como por exemplo, casos de acordos entre pequenas empresas para enfrentar a concorrência das grandes.

³⁰ J. Peckham, in *US v. Trans Missouri Freight Association*, 1897.

³¹ Como por exemplo em um caso de 1927: "A finalidade e o resultado de todo acordo de fixação de preços, se efetivo, é a eliminação de uma forma de competição", concluindo que essa prática devia ser condenada sem necessidade de determinar se um particular acordo é não-razoável.

³² Compare-se a definição acima com esta mais antiga, de 1958: "Há certos acordos ou práticas que, devido a seus efeitos perniciosos sobre a concorrência e à ausência de qualquer virtude redentora, se presumem não razoáveis e ilegais, sem necessidade de um elaborado inquérito sobre quais os efeitos que eles causaram ou sobre as justificativas para que tenham sido adotados. Esse princípio da não razoabilidade per se não apenas torna as práticas proibidas pela Lei Sherman mais claras, em benefício de todos os envolvidos, mas também evita a necessidade de complicadas e prolongadas investigações sobre a história da indústria envolvida e dos setores a ela relacionados no esforço de determinar se uma particular prática restritiva foi não razoável - uma investigação

frequentemente infrutífera quando efetivada. " Definição da Suprema Corte americana no caso *Northern Pacific Ry v. United States*, de 1958 (Citado em Cohen, 1997). Esta definição pressupõe que haveriam práticas que nitidamente provocam apenas efeitos negativos; a decisão mais recente, como se pode notar, relativiza esse pressuposto.

33 Sobre custos e benefícios associados à *per se rule*, v. ANEXO 2.

34 Já que os consumidores dos bens do mercado subordinado terão restringidas suas opções de compra.

35 Diz-se que a responsabilidade é objetiva porque, para caracterizá-la, não é necessária a demonstração da culpa do agente (subjetiva); basta demonstrar a existência de efeitos anticompetitivos decorrentes de certa conduta.

36 O *caput* do art. 54 faz menção expressa ao conteúdo de dois incisos (I e II) do art. 20.

37 Essa conceituação ampla tem implicações importantes: não é necessário que o agente tenha objetivo de lucro para que seja submetido à lei antitruste. No sistema da Lei 4.137/62, conceituava-se o sujeito como empresa (que exercesse atividades com fins lucrativos). Pelo sistema atual, um agente não pode se eximir da aplicação da lei alegando não ter propósitos lucrativos... Nesse sentido, Forgioni (1998:147) nota, por exemplo, que entidades como as Ordens Profissionais devem se preocupar com as conseqüências de seus atos a disciplinar o mercado de seus filiados.