

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

KARINA AKEMI NAKAYAMA

**ELASTICIDADE NA DETERMINAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE: AUSÊNCIA
DE PREVISIBILIDADE E A BUSCA POR PARÂMETROS DEFINIDORES**

CURITIBA
2015

KARINA AKEMI NAKAYAMA

**ELASTICIDADE NA DETERMINAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE: AUSÊNCIA
DE PREVISIBILIDADE E A BUSCA POR PARÂMETROS DEFINIDORES**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Drª Marcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA
2015

RESUMO

Partindo do pressuposto de que a liberdade de concorrência é assegurada pela Constituição Federal e deve ser salvaguardada pelo Estado, a questão de como se constitui o abuso de poder econômico e dos mecanismos utilizados para evitá-lo é de extrema importância. No Brasil, o controle dos Atos de Concentração é de responsabilidade do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que analisa e julga os casos baseando-se, principalmente, na delimitação do mercado relevante. Desse modo, parece necessário investigar a definição de mercado relevante, estudar as variantes que garantem ao conceito sua típica característica de elasticidade e que o caracteriza como importante válvula de escape, além de examinar os instrumentos utilizados pelo CADE no combate à dominação de mercado, verificando os critérios atualmente utilizados para tanto. A partir do estudo da produção doutrinária, disciplina legal sobre o tema e levantamento das decisões proferidas pelo CADE, especificamente, com relação aos atos de concentração do setor de bebidas frias, é possível afirmar que este é um mercado com forte tendência concentracionista, pois apresenta um panorama em que poucas empresas registram grandes parcelas de participação no mercado. Tomando por fundamento os casos considerados, constata-se a dificuldade em se definir o mercado relevante, tendo em vista que sua delimitação engloba uma série de peculiaridades e fatores que exigem um exame pormenorizado das autoridades administrativas. Isso permite demonstrar a maleabilidade do mercado relevante e concluir que, de fato, o conceito atua como válvula de escape, influenciando de modo significativo as análises do CADE e gerando, muitas vezes, instabilidade para os agentes econômicos. Dessa forma, o paradoxo entre flexibilidade e segurança jurídica conduz à apreciação de novos métodos que, conjugados com os atualmente utilizados, sejam capazes de suscitar critérios melhor determinados a fim de proporcionar maior previsibilidade às decisões do CADE.

Palavras-chave: CADE. Mercado relevante. Válvula de escape. Flexibilidade. Segurança jurídica.

ABSTRACT

Assuming that the free competition is ensured by the Constitution and must be protected by the state, it is extremely important to understand how the abuse of economic power is established and what are the mechanisms used to avoid it. In Brazil the control of mergers and acquisitions is under CADE's (Administrative Council for Economic Defense) responsibility, which examines and judges the cases mainly relying on the definition of the relevant market. Therefore, it is necessary to investigate the definition of relevant market, to study the variants that provide to the concept its typical feature of elasticity and characterizes it as an important escape valve and to exam the instruments and elements currently used by CADE to fight market domination. Based on the study of the doctrinal production, the law existent on the matter and the decisions issued by CADE specifically in the soft drinks and beer market, it is possible to affirm that this is a market with a significant tendency to economic concentration since there are few companies with large portions of market share. The cases considered evince the difficulty in defining the relevant market given that the definition includes a number of peculiarities and elements that require a detailed study of the administrative authorities. This demonstrates the malleability of the relevant market and confirms that it is indeed a escape valve that influences significantly in CADE's decisions and often creates instability for economic agents. Thus the paradox between flexibility and legal certainty leads to the consideration of new methods which, combined with the currently used, can foment better criteria in order to provide more predictability to CADE's decision.

Key-words: CADE. Relevant market. Escape valve. Flexibility. Legal certainty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	9
2.1 Evolução legislativa	9
2.2 Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência	17
2.3 A intervenção do Estado no domínio econômico	22
3. O SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO	27
3.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).....	27
3.2 Infrações à ordem econômica	32
3.3 Atuação do CADE na proteção da concorrência: controle dos atos de concentração	38
4. O MERCADO RELEVANTE	42
4.1 Relevância da determinação do mercado relevante nos atos de concentração	42
4.2 Conceituação de mercado relevante	45
4.3 A determinação do mercado relevante: os parâmetros atualmente utilizados.....	49
4.3.1 Mercado relevante geográfico	51
4.3.2 Mercado relevante material.....	54
5. MERCADO RELEVANTE COMO VÁLVULA DE ESCAPE: FLEXIBILIDADE E FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA	58
5.1 Elasticidade x insegurança jurídica.....	58
5.2 Análise dos casos concretos: o setor de bebidas frias	64
5.3 A busca por soluções: novas metodologias para determinação do mercado relevante	71
6. CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	80

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o Direito Concorrencial revelou-se fundamentalmente na Constituição Federal de 1946, que previa de forma expressa a repressão a todo abuso de poder econômico que, por qualquer forma, pudesse levar à dominação de mercado.

A ampliação da intervenção estatal na atividade econômica foi, de certa forma, uma resposta ao liberalismo econômico até então vigente. Vigoravam as ideias de livre concorrência e de autorregulação do mercado, pois se defendia que os agentes deveriam competir de forma autônoma por oportunidades de troca e, assim, seria dispensável qualquer atuação exógena, já que os preços seriam determinados pela lei da oferta e da procura e não por fatores externos e artificiais.

A livre atuação dos agentes econômicos, entretanto, redundou em uma elevada concentração de poder e capital. Essas distorções culminaram na regulamentação da concorrência e numa maior atuação do Estado na prevenção de novas deficiências. Assim, as relações comerciais, antes deixadas ao arbítrio dos particulares, obtiveram nova relevância e conseqüente controle estatal.

Mais recentemente, porém, a intervenção estatal na economia passou por novas mudanças. Isso porque ao mesmo tempo em que se reconhece a incapacidade de auto manutenção do mercado, também reclama-se a superação do monopólio estatal. O Estado, então, passou a atuar como mediador de forma a conduzir o mercado de maneira indireta como, por exemplo, por meio de instrumentos jurídicos, os quais permitem consolidar, impulsionar e coordenar o rumo de sua economia sem culminar em regimes ditatoriais e opressores.

Dessa forma, a atual Constituição Federal estabelece, como valores da ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência e, no seu art. 174, estatui a atuação do Estado na economia.

É evidente que, com a atual dinamicidade do mercado, essa atuação estatal se faz ainda mais presente na defesa da concorrência. Questões como a constatação de abuso de poder econômico e os mecanismos utilizados para evitá-lo ganham uma nova e relevada importância.

No Brasil, o Conselho de Defesa Econômica (CADE) atua como o grande protagonista na matéria, apurando infrações à ordem econômica, bem como

instaurando processos administrativos para apuração de atos de concentração econômica, visando a evitar a acumulação de mercados nas mãos de poucos agentes econômicos.

No que diz respeito às concentrações, a despeito dos efeitos positivos que podem provocar na economia, podem também ser a causa de prejuízos e impactos no mercado, diminuindo o grau de competição, anulando as relações de concorrência, aumentando preços e reduzindo o estímulo à inovação e o incremento de qualidade. Daí denota-se a relevância do controle prévio do ato de concentração por parte da autoridade administrativa.

Um dos aspectos mais relevantes a ser tomado em conta no deferimento ou indeferimento desses atos é o mercado relevante, que serve para avaliar o poder de mercado resultante da operação de concentração. Portanto, a análise e delimitação do mercado em que se travam as relações de concorrência é indispensável para determinar a incidência das infrações à ordem econômica, pois só é possível, por exemplo, identificar o abuso de posição dominante em relação a um determinado mercado: o mercado relevante no qual atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.

A determinação, porém, do mercado relevante é uma tarefa complexa que demanda a identificação e análise das relações de concorrência do agente econômico, bem como deve levar em consideração vários aspectos, como o geográfico, o material e o temporal.

Daí denota-se que a definição do mercado relevante é muito fluída e maleável, como não poderia deixar de ser, tendo em vista que a flexibilidade é atributo substancial das normas antitruste, a fim de que os casos possam ser analisados topicamente e as demandas da sociedade devidamente atendidas. É nesse sentido que se fala do mercado relevante como válvula de escape, ou seja, sua delimitação serve de instrumento para obtenção da solução que mais se amolda à concretização da política econômica.

Se, por um lado, essa elasticidade é oportuna ao sistema, ao mesmo tempo questiona-se a falta de segurança jurídica dela resultante. A falta de parâmetros claros e precisos prejudica a previsibilidade das decisões, o que facilita a discricionariedade e dificulta o controle, o que, conseqüentemente, pode inibir a atuação dos agentes econômicos e interferir no mercado e na concorrência.

O embate entre a estabilidade exigida pelos aplicadores do direito e a plasticidade necessária ao sistema, especialmente no âmbito do direito concorrencial, de forma a disciplinar devidamente os casos concretos, não é recente e ainda busca uma solução. Em relação ao mercado relevante não é diferente, questiona-se a falta de especificação dos métodos utilizados para a definição e critica-se a influência da subjetividade, a qual permite que casos semelhantes obtenham decisões distintas.

A atualidade do tema e a incessante e a contínua busca por um sistema seguro e eficaz justificam o seu estudo, de forma a demonstrar a importância da atuação do mercado relevante como válvula de escape e, ao mesmo tempo se expor os riscos e inconveniências da flexibilização por ela oportunizada, para que, dessa forma, se possa, efetivamente, buscar a eficiência econômica objetivada e estabelecida na Constituição Federal.

2. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 reflete a conquista democrática da nação brasileira. Instrumento de controle do poder e garantidor da liberdade, a Constituição traz, de forma densa, analítica e complexa, as perspectivas e interesses das mais diversas classes e grupos, inclusive no que diz respeito à ordem econômica.

Entretanto, nem sempre foi assim. O atual diploma constitucional, fundamentalmente no que diz respeito à matéria econômica, é resultado de uma evolução histórica e de uma construção que perpassa por uma série de legislações e concepções acerca da atuação do Estado na economia.

Desse modo, a análise das origens e do desenvolvimento das normas regulatórias que visam à repressão do abuso do poder econômico, bem como o estudo dos princípios que norteiam essa atuação se fazem imprescindíveis para compreender a intervenção estatal no domínio econômico a partir dos fundamentos da ordem constitucional vigente.

2.1 Evolução legislativa

A regulação econômica não é algo recente. A disciplina a respeito do tema, ainda que não tipificada ou entendida como uma atividade estatal, sempre existiu. As regras disciplinadoras do comportamento dos agentes existem desde que se formou o comércio, o mercado e, conseqüentemente, a concorrência¹.

Por outro lado, a regulamentação da concorrência, da forma como é entendida hoje, é um fenômeno mais moderno, que remete ao século XVIII, já que antes regia a autopreservação e autodisciplina do sistema de produção. Nas palavras de Kenneth Dennis:

Os (...) fragmentos da literatura econômica do século XVI e dos anteriores seriam muito ilusórios se criassem a impressão de que havia qualquer discussão de ideias concorrenciais durante esse período. Não havia nada nesse sentido. Referências diretas e explícitas à concorrência eram extremamente raras e elas certamente não se aproximam a um reconhecimento disso como um princípio do pensamento econômico².

¹FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

²DENNIS, Kenneth G. "Competition" in the history of economic thought. New York: Arno Press, 1977. (Dissertations in European Economic history), p. 25. Tradução livre.

No Brasil, a disciplina da concorrência foi estabelecida de forma expressa na Constituição Federal, pela primeira vez, em 1946. Isso não significa, entretanto, que as políticas públicas anteriores a esse período não tenham sido relevantes para influenciar o sistema atual. Até mesmo porque “é necessário delinear a história da implementação de políticas públicas em nosso país para divisar a atuação do Estado sobre a economia”³.

Os primeiros aspectos relevantes relacionados à concorrência no país se deram no período colonialista, antes mesmo da chegada da corte portuguesa. Esta fase, chamada de fiscalista, foi marcada pela cominação de impostos que visavam ao abastecimento dos cofres da metrópole⁴. Não havia à época qualquer pretensão de desenvolvimento ou busca pelo progresso, visava-se apenas a obtenção de lucros.

O exclusivismo comercial e a concessão de monopólios privados pela corte caracterizaram a fase fiscalista, prevalecendo o domínio português sobre o mercado⁵. É por esse motivo que, nesse momento, não faria sentido se falar em defesa da livre concorrência, uma vez que não havia efetiva competição entre os agentes econômicos⁶. No Brasil havia, basicamente, um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor dos bens provenientes da Europa⁷.

A vinda de D. João VI para o país, no entanto, trouxe uma nova orientação econômica para a colônia. Decorrencia da invasão napoleônica na península ibérica, a chegada da corte portuguesa ao Brasil permitiu o estabelecimento de relações comerciais e a consequente abertura comercial⁸. Dessa forma, a política fiscalista foi sendo deixada de lado e, aos poucos, foi dando lugar para o incentivo ao desenvolvimento econômico.

Assim, o liberalismo, que havia ganhado força no continente europeu, começou a ser implementado na colônia, mas isso se deu “de maneira bastante

³ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

⁴ Ibidem.

⁵ AMARAL, Marcelo Quevedo do. **Análise da evolução do sistema brasileiro de defesa da concorrência à luz da experiência internacional**. Porto Alegre, [s.d.], p. 29.

⁶ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 87.

⁷ SIMONSEN, Roberto C. **História econômica do Brasil**. 3 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978, p. 353 e 354.

⁸ AMARAL, Marcelo Quevedo do. *Op. cit.*, p. 30.

peculiar”⁹, dada a forte influência da Inglaterra e as particularidades econômicas e políticas vividas pelo país.

Entretanto, mesmo após a independência brasileira não havia grandes evoluções no que diz respeito à concorrência. Isso porque a intervenção do Estado se limitava a atuação sobre as tarifas alfandegárias, além do que a grande maioria dos produtos era importada e a indústria interna não possuía agentes capazes de concorrer com os produtos estrangeiros, nem mesmo competir entre si. Nesse sentido, Caio Prado Jr. elucida:

Faltava sobretudo o que a moderna indústria fabril e mecanizada exige como condições essencial de vida: um mercado amplo e em contínua expansão, o que as condições sociais e econômicas da grande massa da população brasileira não podiam oferecer. Não era assim possível às manufaturas nacionais concorrerem com a importação estrangeira proveniente de indústrias altamente desenvolvidas, em constante e acelerado progresso. Era a esta que caberia satisfazer às necessidades limitadas do país (...)¹⁰.

Dessa forma, é possível perceber que, até então, não havia normas que regulamentassem a atividade dos agentes no mercado. As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 se encontravam inseridas em uma ideologia liberal, influenciadas pela proteção ao direito de propriedade e pelo princípio da plena liberdade de iniciativa no mercado. Nesse âmbito, o Estado assume um papel de mero garantidor das liberdades.

De forma diferente, a Constituição de 1934¹¹ estabeleceu, pela primeira vez, a liberdade econômica como assunto de nível constitucional sem, contudo, dar a ela caráter absoluto e incondicional. A limitação da liberdade dos agentes econômicos foi, na realidade, resultado dos efeitos da grande crise de 1929, a qual “(...) se

⁹FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁰PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. 24 ed. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 199.

¹¹Constituição Federal de 1934:

Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

prolonga por quase toda a década de 1930 [e] leva o Estado a intervir na economia de maneira constante”¹².

Em vista disso, a década de 30 é particularizada por uma intensificação da atuação do Estado sobre o domínio econômico:

Na década de 1930, houve um *aumento quantitativo* (que acabou por gerar um *incremento qualitativo*) dessa intervenção: em virtude da crise que se apresentava, tornou-se necessário não apenas contorná-la, mas também conduzir o próprio sistema, justamente para evitar o advento de novas crises¹³.

É evidente, porém, que a liberdade econômica, conforme o preceito do art. 115, ficava restringida pelo princípio da justiça e das necessidades da vida nacional. Havia a previsão de atuação regulatória do Estado com o fim de censurar formas desleais de concorrência que contrariassem aqueles ideais. A Constituição determinava que “o Poder Público se restringisse a reprimir formas desleais de concorrência, (...) atendendo antes a princípios éticos”¹⁴.

Nesse contexto, a Constituição de 1937¹⁵, em seu artigo 135, estabeleceu que o Estado estava legitimado a atuar apenas para suprir as deficiências da iniciativa individual, evitar conflitos e introduzir no mercado os interesses da nação. Isso significa que não havia funções propriamente de condução do sistema por parte do Estado, ele atuava somente para corrigir eventuais disfunções.

Embasado no referido dispositivo constitucional, em novembro de 1938, o Decreto-Lei nº 869 surgiu como a primeira norma jurídica antitruste brasileira, no qual se buscava a tutela da economia popular e, por decorrência, do consumidor.

¹²CARONE, Edgard. **A segunda república (1930-1937)**. São Paulo: Difel, 1985, p. 32.

¹³FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

¹⁴FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/132>>. Acesso em: 01 de abril de 2015.

¹⁵Constituição Federal de 1937:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

(...)

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

Desse diploma legal extraem-se preceitos antitruste que perduram até os dias de hoje¹⁶.

Numa tentativa de aperfeiçoar a disciplina jurídica da concorrência no Brasil que, até então, se encontrava diluída e sem sistematização, sobreveio o Decreto-Lei nº 7.666 de 1945. Conhecido como “Lei Malaia” o dispositivo legal disciplinou de forma específica e direta questões acerca do abuso do poder econômico.

A Lei foi um verdadeiro avanço em matéria de regulamentação da atuação dos agentes econômicos. Dotada de caráter eminentemente administrativo, o Decreto deixava à responsabilidade do Estado a averiguação de práticas que fossem contrárias ao interesse nacional. Assim, para facilitar a aplicação de sanções e autorizar atos restritivos foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)¹⁷. Nesse momento, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de “autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de determinadas empresas, além do registro de outros ajustes e acordos, com a interferência no processo de produção e circulação de riquezas”¹⁸.

Nesse contexto, é possível pensar que na Lei Malaia apareceram os primeiros indícios do que hoje se tem como “mercado relevante”. Essa conclusão é possível a partir do artigo primeiro¹⁹, que estabelecia as condutas consideradas contrárias aos

¹⁶ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico**: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Ed. RT, 1966, p.4.

¹⁷FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

¹⁸VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 290.

¹⁹ Decreto-lei 7.666 de 22 de junho de 1945:

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I - os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;

b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;

c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II - os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

III - os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;

IV - a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;

interesses da economia nacional e vedava qualquer tipo de acordo que favorecesse o “estabelecimento de um monopólio, ainda que regional”. Segundo o ensinamento de Paula Forgioni:

Podemos identificar no texto expressão que nos permite concluir ter-se pensado, à época, em delimitação do que hoje chamamos “mercado relevante”. Se não, que outra explicação poderíamos dar à referência aos “monopólios regionais”, conforme disposto na alínea c, inciso I, do art. 1º da Lei Malaia?²⁰.

O referido Decreto-Lei, porém, foi revogado com menos de três meses de vigência.

Por outro lado, confirmando as tendências legislativas que vinham se firmando aos poucos, a Constituição brasileira de 1946²¹ trouxe, pela primeira vez, de forma expressa o princípio da repressão ao abuso do poder econômico²², o qual foi regulamentado pela Lei nº 4.137. Promulgada em 1962, a referida Lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)²³, dando-lhe “a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico”.

À época, uma das grandes discussões que permearam a Lei nº 4.137 foi acerca da segurança e previsibilidade jurídicas. Questionava-se se as condutas previstas no artigo 2º da referida lei, que trazia uma série de comportamentos considerados abusivos ao poder econômico, eram taxativas para os fins de aplicação de sanções.

A polêmica, nesse aspecto, permanece até os dias de hoje:

V - a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I. *Parágrafo único.* Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra "empresa", abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

²⁰FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

²¹ Constituição Federal de 1946:

Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

²²GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004, p. 60.

²³ Lei 4.137 de 1962:

Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.

Parágrafo único. (vetado).

Esses debates pautaram-se no problema da segurança e previsibilidade jurídicas, que, até nossos dias, é um dos balizadores das discussões em direito da concorrência. Enfrentava-se (como, ademais, enfrenta-se até hoje) o problema da conciliação da eficiência do sistema antitruste (coibindo o maior número de práticas prejudiciais possível) com a segurança e previsibilidade a serem proporcionadas aos agentes econômicos²⁴.

Em que pese os debates, o diploma legal continuou vigente durante a Constituição de 1967 – e a alteração legislativa de 1969 – a qual também previa a repressão ao abuso do poder econômico como um princípio da ordem econômica e social²⁵. Contudo, ao contrário do que poderia se pensar, a Lei não logrou a efetividade que pretendia, de modo que não foi utilizada como instrumento eficaz de política econômica.

O advento da atual Constituição Federal de 1988 pouca coisa alterou na matéria, já que houve a manutenção da livre iniciativa²⁶ e da repressão ao abuso do poder econômico²⁷ a nível constitucional, porém sem grandes inovações.

²⁴FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

²⁵ Constituição Federal de 1967/1969:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

²⁶ Constituição Federal de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁷ Constituição Federal de 1988:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional. (...)

Neste âmbito adveio a Lei nº 8.158, promulgada em 8 de janeiro de 1991, que visava a uma alteração no panorama do direito de defesa da concorrência. Com o intuito de evitar possíveis disfunções derivadas do comportamento dos agentes econômicos no mercado, a Lei criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) a fim de que atuasse de forma conjunta com o CADE.

Três anos depois, entretanto, sobreveio a Lei nº 8.884, que revogou a legislação anterior e “sistematizou a matéria antitruste, aperfeiçoando seu tratamento legislativo”²⁸. A transformação do CADE em autarquia federal e a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foram apenas algumas das importantes inovações promovidas pela Lei.

Por fim, no ano de 2011, foi promulgado novo diploma antitruste (Lei nº 12.529), o qual manteve muitos aspectos já presentes no regramento antecedente, mas, ao mesmo tempo, trouxe consigo alterações relevantes como a imposição do dever de apresentação prévia dos atos de concentração às autoridades administrativas²⁹, a fim de que as empresas apresentem as operações das quais pretendem participar antes de sua concretização.

Parece evidente, desse modo, que a disciplina antitruste brasileira, como se apresenta hoje, busca atribuir maior eficácia aos princípios da ordem econômica

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

(...).

²⁸FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122.

²⁹ Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011:

Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

(...)

estabelecidos em sede constitucional. Dentre eles, se colocam como de fundamental importância os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

2.2 Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu texto normativo, uma série de regras e princípios de direito econômico. Os princípios ali estabelecidos possuem caráter eminentemente abstrato, justamente porque objetivam estabelecer diretrizes e mandamentos nucleares para o sistema jurídico como um todo.

Assim, diferentemente das regras que constituem relações de prevalência umas sobre as outras, os princípios estabelecem entre si uma relação de coalescência, o que significa que, a depender da situação fática em que estão inseridos, poderão ser harmônicos ou antagônicos entre si e, neste caso, ainda assim, permanecerão vigentes e válidos. Isso porque

(...) quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisto consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer³⁰.

É nesse contexto que se inserem o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, os quais regulam a atividade econômica e estão enumerados no art. 170³¹ da Constituição Federal.

³⁰BRANCO, P. G. G.; MENDES, G.F. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75.

³¹ Constituição Federal de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A livre iniciativa, princípio básico do liberalismo econômico, se fundamenta principalmente na concepção de um mercado ideal, no qual seriam realizados todos os negócios e, ao mesmo tempo, haveria a autorregulação destas trocas e relações estabelecidas entre os agentes. É possível dizer, portanto, que o princípio da livre iniciativa baseia-se na ideia de que a liberdade para agir dos agentes econômicos, sem que haja interferências do Estado³², é essencial para o desenvolvimento e expansão das suas atividades. Em outras palavras, “a livre iniciativa da Carta de 1988 faculta ao empreendedor a possibilidade de instalar e realizar os seus investimentos, de competir lealmente nos mercados e de auferir lucros (...)”³³.

Vale destacar, ainda, que a liberdade de iniciativa é considerada como uma projeção da liberdade individual, pois assegura não apenas a livre escolha da profissão e das atividades econômicas a serem desenvolvidas, mas também a autonomia na eleição dos processos ou meios de produção. A liberdade é assegurada tanto no que diz respeito aos meios quanto aos fins.

A livre concorrência, por sua vez, possui um viés duplo. Por um lado, ela é justamente uma derivante da liberdade de iniciativa, pois uma vez que se garante aos particulares o acesso ao domínio econômico, há a multiplicação da exploração nos diversos setores da economia o que, conseqüentemente, leva à disputa por espaços de mercado e pela obtenção da clientela. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira, a livre concorrência proíbe privilégios e vantagens decorrentes do abuso do poder econômico e de intervenções públicas e, conseqüentemente, impõe obstáculos a fim de que os agentes econômicos se relacionem de forma paritária entre si³⁴.

Por outro lado, a livre concorrência garante e assegura a liberdade de iniciativa, já que não há utilidade em ingressar no mercado se nele não houver perspectiva de se manter. Por esse motivo, é cabível dizer que o princípio da livre concorrência serve como alicerce e fundamento para a o princípio da livre iniciativa³⁵.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³² CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; VERENHITACH, Gabriela Daou. **Manual de direito da concorrência**. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 65.

³³ MOREIRA, EgonBockmann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. [s.d.], p. 108.

³⁴ Ibidem, p. 109.

³⁵ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, 2008, p.80.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica assim conceitua a livre concorrência:

O princípio da livre concorrência (...) baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado. Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis e as empresas precisam buscar constantemente formas de se tornarem mais eficientes para que possam aumentar os seus lucros. A medida que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas³⁶.

Reproduzida no artigo 170 e reforçada no 173, § 4º³⁷ da Constituição Federal, a livre concorrência, portanto, se coloca como um objetivo estatal, que deve ser mantido e garantido, a fim de reestabelecer o equilíbrio do mercado quando houver condutas abusivas³⁸.

Sendo assim, é possível perceber que a realização da ordem econômica, como disposta na Constituição, depende de uma integração da livre concorrência e da livre iniciativa, visto que o acesso ao mercado só é livre se houver acesso aos meios de produção, o que só é viabilizado pela atuação concorrente das forças produtivas. À vista disso:

A livre-iniciativa e a livre-concorrência são conceitos distintos, porém complementares, sendo o primeiro a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e produção de riquezas, significando a síntese da liberdade de ação e escolha, o livre acesso às atividades econômicas, ao passo que o segundo representa uma limitação e uma instrumentalização do exercício do primeiro³⁹.

³⁶CADE. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9d9061a878ad42c154e172c599bf>>. Acesso em: 06 de abril de 2015.

³⁷Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

(...).

³⁸ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, 2008, p. 81.

³⁹DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate aos carteis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

Entretanto, é preciso ressaltar que estes não são os únicos princípios que se assentam na busca da eficiência econômica, bem como não basta a afirmação da natureza constitucional dos princípios e normas de defesa econômica, já que para a devida compreensão de seu significado e âmbito de aplicação é necessário entender a que são orientados⁴⁰. Isso significa, portanto, que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência devem ser compreendidos e aplicados no espaço e no período em que se inserem.

Assim, é preciso compreender que, desde o início do século XX, quando a economia passou a ser tratada mundialmente como uma questão de Estado e as nações passaram a incorporar a “compreensão da magnitude (...) do relacionamento do Estado com a economia”⁴¹, se faz imprescindível uma percepção “contextualizada e diferenciada dos princípios constitucionais da Ordem Econômica”⁴² já que “a compreensão do ‘porquê’ histórico facilita a leitura e a integração do ‘para quê’ da Ordem Econômica constitucional”⁴³.

Nesse sentido, é relevante se ter em mente que apesar da Constituição brasileira adotar um sistema econômico capitalista, em que se defende, como foi visto, a liberdade de iniciativa, ou seja, a livre disposição dos fatores de produção pelos agentes privados, isso não significa que se adote, no país, um capitalismo liberal “puro”, conforme a escola de Adam Smith⁴⁴.

Desta feita, José Afonso da Silva explicita que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência:

(...) se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso⁴⁵.

A Constituição de 1988 preceitua, em sua essência, um Estado Democrático de Direito e, dessa forma, concebe a economia como meio voltado à celebração da

⁴⁰SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 39.

⁴¹MOREIRA, Egon Bockmann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. [s.d.], p. 106.

⁴²Ibidem.

⁴³Ibidem.

⁴⁴Ibidem.

⁴⁵SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 795.

dignidade da pessoa humana, da justiça social e do pleno emprego⁴⁶. Nesse entendimento, a concorrência é um “instrumento, não um fim em si”⁴⁷.

Assim, os princípios da ordem econômica não se apresentam de forma absoluta. Ao mesmo tempo em que permitem a atuação dos agentes no mercado a fim de gerar riqueza e perseguir a eficiência econômica, obedecem a limites de natureza não somente econômica, mas também legal e sociocultural⁴⁸. Isto é, ainda que se garanta a propriedade privada dos meios de produção, estabelece-se que tal direito não pode ser utilizado de forma abusiva e antieconômica, devendo sempre cumprir sua função social⁴⁹. A aplicação destes princípios deve se dar de modo contingente com os objetivos de um Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, entende-se que a Constituição

(...) denota a existência de um interesse geral que transcende os limites das estruturas do mercado, comum na tutela antitruste, abrangendo agentes econômicos de diferentes portes: consumidores, trabalhadores, população do entorno dos estabelecimentos comerciais e toda a sociedade⁵⁰.

Dessa forma, convivem na legislação pátria a defesa dos interesses mercantis e o direito dos consumidores, dos trabalhadores, bem como a salvaguarda do meio ambiente, entre outros.

Pode-se notar que a Constituição estabelece um discurso conciliador entre as diversas esferas de proteção, sendo que os limites à livre iniciativa e à livre concorrência não se apresentam de forma expressa, já que seu balizamento depende de análises que tomem em conta a razoabilidade e a subsidiariedade. Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal consolida a liberdade de atuação dos agentes no mercado, ela também admite, em determinados momentos, a intervenção estatal⁵¹.

⁴⁶PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

⁴⁷FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

⁴⁸ Ibidem, p. 108.

⁴⁹ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, 2008, p. 75.

⁵⁰ FREIRE, Marusa Vasconcellos. A atuação do MPF junto ao CADE. **Revista de Direito econômico**, Brasília, n. 24, 1996, p. 2.

⁵¹ Art. 174 da Constituição Federal.

2.3 A intervenção do Estado no domínio econômico

A fiscalização, o incentivo e o planejamento, são modos de atuação do Estado na atividade econômica a fim de que os princípios elencados no regimento pátrio sejam alcançados, ou seja, a intervenção do Estado existe como forma de proteger os interesses coletivos e evitar condutas potencialmente prejudiciais aos interesses nacionais. José da Silva exemplifica:

(...), a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil.⁵²

Logo, percebe-se que, a despeito da ampla defesa da liberdade econômica e da livre concorrência, o Estado atua e intervém com o fim de defender conjuntamente outros interesses, os quais se encontram inseridos no contexto de uma Constituição preocupada também com a justiça social e com o bem estar coletivo⁵³.

Essa ingerência do Estado na economia se mostrou, ao longo da história, imprescindível para a existência e manutenção de um mercado equilibrado, tendo em vista que o modelo econômico puro, no qual a regulação era instituída pelos próprios agentes de maneira automática, se mostrou inviável. Isso demandou do Poder Público “uma permanente vigilância em prol da manutenção da integridade do sistema”⁵⁴.

No Brasil, um importante marco na delimitação do atual perfil do Estado perante o domínio econômico foi a Lei nº 8.031 de 1990, a qual, entre outras medidas, instituiu o Programa Nacional de Desestatização e transferiu à iniciativa privada atividades antes exploradas pelo setor público. Com isso,

(...) o Estado regulador é o novo perfil do Estado contemporâneo, que se afastou da prestação de diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem, contudo, abandonar totalmente os setores que

⁵²SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 790.

⁵³ Ibidem, p. 796.

⁵⁴ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando a conduta privada⁵⁵.

Em outras palavras, pode-se dizer que a partir desse momento o Estado passar a reconhecer a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado e a legitimar o poder econômico como elemento atuante no mercado. Nesse sentido é que se diz que a atuação do Estado é subsidiária à iniciativa particular.

A intervenção do Estado é definida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior como

(...) o exercício por parte da autoridade política, de uma ação sistemática sobre a economia, estabelecendo-se estreita correlação entre o subsistema política econômico, na medida em que se exige da economia uma otimização de resultados e do Estado a realização da ordem jurídica como ordem do bem estar social⁵⁶.

Já Egon B. Moreira conceitua a intervenção

(...) como toda e qualquer conduta estatal (comissiva e omissiva) que vise alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei)⁵⁷.

Ainda, segundo Eros Grau, a intervenção estatal pode ser dividida em modalidades: por absorção, participação, direção e indução. Nas duas primeiras situações a atuação do Estado se dá no domínio econômico, enquanto que nas demais, a atuação é sobre o domínio econômico⁵⁸. Em outras palavras, na hipótese de absorção ou participação o Estado desenvolve atividades de agente econômico, enquanto que nas outras ele é regulador do processo de produção e atua de forma

⁵⁵TAVARES, André Ramos. **A intervenção do estado no domínio econômico**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

⁵⁶FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Congelamento de preços: tabelamentos oficiais**, 2011. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26>>. Acesso em 15 de abril de 2015.

⁵⁷MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 1. Bahia: fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em 15 de abril de 2015.

⁵⁸GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

indireta na economia, ou seja, influencia “a vida econômica através de normas jurídicas e atos de regulação, incentivando ou não atividades”⁵⁹.

Quando o Estado atua em regime de monopólio e impõe, mediante normas, exclusividade da exploração, tem-se um caso de absorção. Por outro lado, quando o Estado se coloca em igualdade de condições e, deste modo, se submete a uma competição ou parceria com os particulares sem que haja barreiras legais à entrada de novos competidores no mesmo setor, a hipótese é de participação.

Diferentemente, o Estado age por direção ao desenvolver atividade legislativa, ao impor normas que devem ser observadas pelos sujeitos que desenvolvem atividades econômicas.

Essas normas, conhecidas como normas de controle, têm por objetivo equilibrar direitos e valores da ordem econômica e são divididas em duas categorias: repressivas e preventivas. Repressivas são as normas que determinam aos particulares, sob pena de sanção penal ou administrativa, a abstenção de determinadas condutas que são consideradas lesivas ao interesse público ou econômico. As normas preventivas, por outro lado, são aquelas que possibilitam ao Estado intervir previamente no exercício dos direitos e liberdades dos particulares, a fim de evitar que certos comportamentos venham, no futuro, a gerar abuso de poder. É nesse contexto, das normas de controle preventivas, que se encontra a obrigatoriedade de submissão dos atos de concentração ao controle da autoridade estatal⁶⁰.

E, finalmente, a intervenção através da indução se dá quando o Estado exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, atuando como agente regulador da atividade econômica, na forma da lei⁶¹. Segundo Eros Grau, o Estado atua pela indução quando manipula “os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”⁶².

⁵⁹ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, 2008, p. 88.

⁶⁰GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004, p. 46.

⁶¹TAVARES, André Ramos. **A intervenção do estado no domínio econômico**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, p.172.

⁶²GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 149.

A fiscalização pressupõe o poder de regulamentação, pois ela visa justamente ao controle e cumprimento das determinações daquele. Ela se caracteriza pela vigilância da conduta dos agentes econômicos para que não sejam realizadas práticas ilícitas ou abusos.

O incentivo abarca a ideia de um Estado promotor da economia, que visa à proteção, o estímulo e o auxílio das atividades particulares sem que, para isso, precise empregar meios coativos.

Já o planejamento pode ser definido como um processo de intervenção que objetiva organizar atividades econômicas com o fim de obter resultados previamente estabelecidos. É um método de “racionalização e otimização das diversas formas de atuação do Estado no domínio econômico”⁶³ já que “traduz a opção estatal pela ordenação racional dos meios de intervenção”⁶⁴. Eros Grau define o planejamento como:

(...) a forma de atuação estatal, caracterizada pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico (...)⁶⁵

Dessa classificação depreende-se que o Poder Público opera de diferentes maneiras no domínio econômico, pois ora atua como agente, ora intervém por meio de medidas corretivas ou regulamentares do sistema. Daí se afirmar que a intervenção do Estado na economia pode ser dividida em direta ou indireta⁶⁶.

A intervenção direta é a possibilidade da exploração da atividade econômica por parte do Estado, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Obedecendo ao princípio da subsidiariedade, o qual determina que não há liberdade de iniciativa econômica pública, a Constituição estabelece que essa intervenção estatal está condicionada ao “relevante interesse coletivo” e ao “imperativo da segurança nacional”. Resta evidente, portanto, que a fórmula utilizada pelo constituinte conduz o intérprete à ideia de interesse público, pois a habilitação do Estado para o

⁶³ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

⁶⁴Ibidem, p. 90.

⁶⁵GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978. p. 45.

⁶⁶BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 449.

exercício de uma atividade econômica fica vinculada à satisfação dos interesses da sociedade em que se insere.

Por sua vez, a intervenção indireta é justamente a intervenção normativa, reguladora e indutora da atividade econômica por parte do Estado, como indica o art. 174⁶⁷ da Constituição. Em resumo, a atuação é indireta na medida em que o Estado não explora atividades produtivas, mas fiscaliza visando à manutenção do equilíbrio do mercado. Vale lembrar, entretanto, que essa normatização não é ilimitada, pois

(...) o Estado em regime de livre iniciativa e livre concorrência – consagrados na Constituição do País – não pode interferir na atividade econômica em si mesma, desempenhada por particulares. Em sendo ela legítima, vale dizer, não proscria por lei, falece ao Poder Público a possibilidade de determinar a quantidade do produzido, ou de fixar o montante do produto a ser comercializado de cada vez e, como é de clareza solar, de quantificar as unidades que deverão ou poderão existir em cada embalagem⁶⁸.

Ademais, é possível notar que a atuação regulatória do Estado pode ser feita através de normas jurídicas ou não. Isso porque existem “três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações”⁶⁹.

Neste cenário, o CADE desempenha papel relevante na política antitruste do Estado, já que não emite normas, mas atua como agente regulador, sendo responsável pelo cumprimento das regras estabelecidas e pela repressão das infrações à ordem econômica.

⁶⁷ Art. 174 da Constituição Federal de 1988:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. (...)

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, nº 1, 1999, p. 178.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24.

3. O SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO

Promulgada em 30 de novembro de 2011, a Lei nº 12.529 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Reafirmando os princípios da livre concorrência, da livre iniciativa, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, estabelecidos em sede constitucional, a Lei Federal cuida da estruturação do Sistema e da responsabilidade administrativa dos empresários.

Dessa forma, o diploma legal estabelece o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como principal encarregado de identificar as infrações à ordem econômica e, conseqüentemente, prevenir e reprimir a atuação nociva dos agentes. Nesse âmbito, adquire especial relevância a atuação preventiva do CADE no controle dos atos de concentração, a fim de evitar aglomerações de mercados que impliquem na eliminação da concorrência.

3.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

Como resultado de uma evolução legislativa e como forma de garantir a eficácia dos princípios postulados pela Constituição brasileira, através da inibição de comportamentos anticompetitivos no mercado, foi editada a Lei nº 12.529, que organiza o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Devidamente promulgada e sancionada pela Presidência da República, a referida Lei revogou as disposições da Lei nº 8.884/1994 e reestruturou o SBDC, visando dotar o Poder Público de instrumentais mais adequados e eficientes que pudessem assegurar a liberdade de concorrência e propiciar condições de produção e consumo próprias de um regime de mercado.

Assim, pela sistemática da antiga Lei, o Sistema era formado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). De forma diversa, segundo a legislação atual, o Sistema está voltado à prevenção e à repressão das infrações contra a ordem econômica por meio da atuação de dois

órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁷⁰.

Vale lembrar, entretanto, que no âmbito do direito concorrencial, o CADE assume papel de protagonismo, já que, nessa seara, a SEAE assume competências restritas, as quais ficam praticamente reservadas à advocacia da concorrência⁷¹, que consiste na disseminação da cultura da defesa da concorrência no país, por meio, por exemplo, de palestras e programas de intercâmbio. Desse modo, as funções de prevenção às práticas anticoncorrenciais e repressão de condutas anticompetitivas ficam sob a responsabilidade do CADE.

Criado em 1962 como órgão do Ministério da Justiça e constituído, em 1994, como autarquia federal ligada ao referido Ministério⁷², o CADE possui autonomia administrativa e financeira, que lhe confere poderes normativos e decisórios, que são possibilitados, dentre outras razões, pelo mandato fixo e estável de seus conselheiros, sabatinados e aprovados pelo Poder Legislativo. A estrutura organizacional do Conselho é constituída por três órgãos: a Superintendência-Geral, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e o Departamento de Estudos Econômicos. Há, ainda, a Procuradoria Federal que não faz parte do CADE, mas funciona junto a ele, representando-o e prestando-lhe consultorias⁷³ a fim de assegurar maior efetividade às decisões do Conselho perante o Poder Judiciário.

⁷⁰ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011:

Art. 3º - O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

⁷¹ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

⁷² CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilíngue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

⁷³ Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011:

Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe:

I - prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade;

II - representar o Cade judicial e extrajudicialmente;

III - promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade;

IV - proceder à apuração da liquidez dos créditos do Cade, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial;

V - tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza;

VI - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal;

VII - emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do Cade, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo;

VIII - zelar pelo cumprimento desta Lei; e

A Superintendência-Geral⁷⁴ tem como principais atribuições a apuração e investigação, por meio de inquéritos administrativos, de infrações à ordem econômica, o acompanhamento das atividades dos agentes que se encontram em posição dominante em determinado mercado relevante e a instrução das análises dos atos de concentração, aprovando-os ou impugnando-os perante o Tribunal.

O Tribunal, por sua vez, é definido pela legislação como órgão julgante. É relevante notar, entretanto, que tal jurisdição é administrativa e não judicial, já que o CADE integra o Poder Executivo⁷⁵. Isso significa que, apesar de possuir autonomia

IX - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo regimento interno.

⁷⁴ Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

(...)

VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

⁷⁵PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 222.

decisória, já que as decisões não estão sujeitas à revisão do Executivo e são executáveis de imediato, pode haver eventual revisão por parte do Judiciário⁷⁶.

Nesse sentido, Fabio Ulhôa Coelho ressalta:

(...) a solenidade (...) e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanadas pelo CADE. A sua natureza é igual as dos atos emanados dos demais órgãos administrativos. (...) seus pronunciamentos não fazem coisa julgada e estão sujeitos sempre à revisão judicial, como todos os demais atos administrativos⁷⁷.

Composto por um presidente e seis conselheiros, ao Tribunal⁷⁸ compete o julgamento das condutas dos agentes econômicos e o eventual arbitramento de

⁷⁶ NESTER, Alexandre Wagner. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, nº 64, junho de 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=64&artigo=668&l=pt#>>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários a Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

⁷⁸ Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

- I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;
- II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;
- VII - intimar os interessados de suas decisões;
- VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;
- IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;
- X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;
- XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;
- XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;
- XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;
- XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;
- XV - elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispendo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;
- XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal;
- XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

multas e penalidades, bem como a aprovação ou desaprovação dos atos de concentração submetidos à sua análise, além de outras atividades salutares à manutenção das práticas concorrenciais.

Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos⁷⁹ é órgão consultivo que realiza estudos e emite pareceres econômicos, com o fim subsidiar a atuação do CADE, zelando pelo rigor e atualização técnica das decisões.

A partir desses órgãos que o compõem, o CADE atua de três formas: preventiva, repressiva e educativa⁸⁰. O papel preventivo corresponde à análise dos atos de concentração, ou seja, diz respeito à apreciação das fusões, incorporações e associações entre agentes econômicos, a fim de evitar aglomerações injustificadas de mercado⁸¹.

O aspecto repressivo diz respeito à supervisão das condutas praticadas no mercado e à punição de atos prejudiciais ao mercado e à economia, já que “(...) o CADE tem o papel de reprimir as práticas lesivas aos valores protegidos pela lei (...)”⁸². A repressão tem como escopo não só a cessação do comportamento anticoncorrencial, como também o desestímulo a possíveis reiterações de condutas por parte dos agentes.

Finalmente, a atuação educativa consiste em difundir a cultura da concorrência. Isso significa que, através de suas decisões, o CADE deve instruir os agentes econômicos sobre as formas de infração, bem como deve propagar os princípios elencados na Constituição como norteadores da ordem econômica brasileira.

Assim, é possível dizer que o CADE possui função de “(...) agente modernizador e defensor da concorrência dentro de um Estado regulador moderno (...), a partir do estímulo da concorrência no setor de serviços e produtos oferecidos

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e

XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

(...)

⁷⁹ Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011:

Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

⁸⁰ CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilingue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 18. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

⁸¹ Ibidem, p. 18.

⁸² PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 227.

à sociedade”⁸³. Em suma, tem por finalidade orientar, fiscalizar, prevenir e apurar condutas que podem culminar em infrações à ordem econômica.

3.2 Infrações à ordem econômica

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com seus diferentes órgãos, estrutura-se de forma a prevenir e reprimir condutas que possam prejudicar a concorrência, visando, com isso, a construção de uma competição saudável nos mercados. Isso porque o mercado espontaneamente responde ao regime da oferta e da procura e os agentes econômicos tendem, naturalmente, a agir no sentido de reduzir seus custos e maximizar seus lucros, o que, muitas vezes, conduz à prática de atos abusivos capazes de perverter a dinâmica do ambiente competitivo. A propósito,

As estruturas perfeitamente competitivas dificilmente são observadas na realidade prática. Consequentemente, os graus variados de eficiência privada alcançados nas situações de concorrência imperfeita nem sempre conduzem à otimização do interesse dos consumidores e da sociedade como um todo. Os desperdícios provocados pelas estruturas imperfeitas, somados à possibilidade de formação de agrupamentos conspirativos (como os trustes e cartéis), geralmente exigem a intervenção corretiva do Estado⁸⁴.

Nesse âmbito, os atos considerados ilícitos podem ser de duas espécies: a concorrência desleal e a praticada com abuso de poder. A primeira delas enseja a possibilidade de sanção penal e civil, sendo conceituada como “(...) qualquer conduta de um comerciante dirigida a desviar em proveito próprio, a clientela de outro, por meio de atividades inescrupulosas, que violem os deveres de lealdade, honestidade, correção e bons costumes.”⁸⁵. Desse modo, normalmente, a concorrência desleal importa em violação direta de interesses particulares e individualizados das vítimas da infração praticada.

Já as condutas praticadas com abuso de poder são chamadas de infrações à ordem econômica e congregam atos nocivos às estruturas do livre mercado, impactando, dessa forma, em interesses coletivos.

⁸³PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 223.

⁸⁴TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 259.

⁸⁵CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 1266.

Vale ressaltar, entretanto, que o exercício do poder econômico, por si só, nem sempre decorre de atos anticoncorrenciais, bem como não configura, obrigatoriamente, uma infração à ordem econômica. Isso porque o domínio de mercado é lícito desde que derivado de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”⁸⁶. Em outras palavras, não é punível a hegemonia do agente que, de forma lícita e com base nos princípios constitucionais, alcançou um nível de excelência superior em relação aos seus concorrentes. Isso significa, portanto, que nem todo controle de parcela substancial do mercado irá caracterizar necessariamente um ilícito no âmbito do direito concorrencial. Nesse sentido,

(...) nem todas as manifestações de exercício do poder econômico se encontram, pela constituição econômica, no campo do que a lei pode considerar ilícito administrativo, mas apenas aquelas previstas no campo constitucional. Se o agente econômico usa de seu poder econômico para competir com os outros agentes, tirando vantagens dessa posição destacada, verifica-se apenas o jogo competitivo característico do regime capitalista⁸⁷.

Além disso, nem toda concentração de mercado é maléfica, já que, muitas vezes, o poder econômico dela decorrente leva a uma série de benefícios para a economia e para os consumidores, como, por exemplo, o avanço técnico, a redução dos custos de transações e diminuição do preço dos produtos.

Sendo assim, fica evidente que a Constituição Federal delimita o campo de incidência das normas antitruste e reconhece a licitude do poder econômico e de seu uso, bem como legitima a atuação em busca do lucro e do aumento do poder econômico. Nesse sentido, tem-se que a vantagem competitiva não é só lícita, como também deve ser incentivada.

Por outro lado, a Constituição brasileira condena atos que consistam em abuso de poder. Assim, dispõe, em seu artigo 173, § 4º, que as práticas que configurem abuso do poder econômico estão suscetíveis à repressão legal e são aquelas que objetivam o domínio de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. O artigo 36⁸⁸ da Lei nº 12.529, por sua vez, determina

⁸⁶ Art. 36, §1º da Lei nº 12.529/2011.

⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários a Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51.

⁸⁸ Art. 36 da Lei nº 12.529/2011:

que constituem infrações à ordem econômica as condutas aptas, independentemente de intencionalidade ou da utilização consciente da posição de domínio por parte do agente⁸⁹, a limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, bem como aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

É evidente, nesse âmbito, que os agentes com considerável poder econômico detêm maior propensão a produzir os efeitos puníveis pela Lei, já que são capazes de influenciar o mercado em que atuam de modo dominante. É assim porque o poder econômico possibilita que seu detentor exerça comportamentos independentes, ou seja, indiferentes às leis da concorrência, e, dessa forma, limite a liberdade de escolha – dos consumidores e também dos demais agentes – através da criação de barreiras à entrada de novos concorrentes ou através da sujeição de empresas menores ao seu domínio⁹⁰. Assim, a posição dominante em um determinado mercado inclina o agente à prática de abuso de poder, porque proporciona a ele a oportunidade de adotar estratégias consideradas arriscadas sem que isso o coloque em posição de risco ou prejuízo⁹¹.

Veja-se, ainda, que para a configuração de tais condutas é irrelevante a forma com que se reveste o ato abusivo. Nesses termos, suficiente é a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para a conformação da prática vedada⁹².

A par disso, em que pese a Lei Antitruste não fazer qualquer distinção, as condutas abusivas são comumente classificadas em horizontais ou verticais. Horizontais são aquelas praticadas entre agentes que estabelecem uma relação direta de concorrência, isto é, que ofertam produtos ou serviços substitutos entre si. Assim, realiza-se no âmbito de um mesmo mercado relevante, objetivando “(...) o

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

⁸⁹ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, EgonBockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004, p. 48.

⁹⁰CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; VERENHITACH, Gabriela Daou. **Manual de direito da concorrência**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p.30.

⁹¹CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilíngue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 19. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

⁹² FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 144.

aumento do poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade”⁹³. Diferentemente, na verticalização os agentes econômicos exercem suas atividades em diferentes estágios ao longo da cadeia produtiva, porém o efeito de tais condutas recai nas relações de nível horizontal e, conseqüentemente, afeta as relações de mercado, criando barreiras indiretas à entrada de novos concorrentes ou facilitando a eliminação dos já existentes.

De todo modo, vale ressaltar que o poder econômico não é um direito, mas sim um fato⁹⁴ e, como tal, não é sempre de fácil constatação. Isso significa que a manifestação da dominação de mercado pode se dar de várias maneiras, sendo que, enquanto algumas medidas são detectadas facilmente, outras são de difícil identificação.

O reconhecimento dessas infrações à ordem econômica se dá, normalmente, pela verificação de seus efeitos. Tanto é assim, que a Lei nº 12.529 sequer define o abuso de posição dominante, limitando-se a traçar, no seu artigo 36, as linhas gerais de identificação dos ilícitos e elencar, no § 3º⁹⁵ do mesmo dispositivo legal, de forma

⁹³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2015.

⁹⁴FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 268.

⁹⁵ Ar. 36, § 3º da Lei nº 12.529/2011:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

exemplificativa, as práticas abusivas mais comuns. Desse modo, enquanto o caput descreve a finalidade objetiva a ser evitada, ou seja, o efeito concreto contra a ordem econômica, o parágrafo descreve as principais condutas que levam àquele fim.

A partir disso, é possível apontar alguns indícios típicos das práticas abusivas, os quais, normalmente, indicam o ajuste entre os agentes com o fim de desenvolver coordenadamente suas atividades e lesar a ordem econômica. Poder-se-ia citar como principais indicativos: a imposição de preços muito acima ou muito abaixo do custo marginal, a venda casada e a prática de preços predatórios ou opressivos.

A prática de preços predatórios consiste na redução do valor de venda do produto, visando a eliminação dos concorrentes do mercado para que, depois, possa-se elevar os preços novamente, obtendo, desse modo, ganhos a longo prazo⁹⁶. Essa é, portanto, uma prática que exige requisitos de racionalidade do agente, tendo em vista que só é pertinente às empresas que detenham razoável poder econômico para que possam suportar perdas e custos elevados durante certo período de tempo e que possuam eficiência satisfatória para causar a aniquilação dos demais agentes econômicos⁹⁷.

A venda casada, por sua vez, caracteriza-se pela imposição de que o consumidor só poderá adquirir determinado produto (principal) se estiver disposto a

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

⁹⁶ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Portaria nº 70, de 12 de dezembro de 2002**. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/legislacao/portarias/Portaria70_2002.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2015.

⁹⁷FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 292.

adquirir outro (subordinante) ofertado pela mesma empresa⁹⁸. Em outras palavras, “(...) existe venda casada quando um sujeito subordina a venda de um bem (...) à aquisição de outro (...)”⁹⁹. Essa estratégia é comumente utilizada por agentes econômicos que possuem no mercado, ao mesmo tempo, produtos exclusivos e produtos que encontram concorrência de igual ou melhor qualidade. Assim, por meio da venda casada, a empresa consegue estender o monopólio daqueles sobre estes.

É patente, porém, que a aferição da existência de venda casada nem sempre é algo preciso. Isso porque é necessária uma cisão que diferencie “(...) a vinculação normal, inerente ao produto, daquela anticompetitiva (...)”¹⁰⁰ e essa distinção pressupõe a análise de uma série de fatores, dentre eles, inclusive, a verificação de que se trata efetivamente de dois produtos ou apenas de um produto formado por várias partes.

No que diz respeito à imposição de preços opressivos, pode-se dizer que consiste no poder que o agente econômico tem de aumentar o preço das matérias-primas essenciais à atividade econômica do seu concorrente e, com isso, elevar os custos do mesmo.

Existem, além dessas, outros tipos de condutas nocivas à concorrência que estão descritas na Lei nº 12.529, como a cessação de atividades sem justa causa comprovada¹⁰¹ ou o uso abusivo de direitos relativos à propriedade intelectual¹⁰², e, ainda, outras que não estão referidas no diploma legal, mas que, a depender do contexto em que se inserem e dos arranjos comerciais que se realizam, podem ser consideradas como infrações à ordem econômica, como, por exemplo, o uso arbitrário de informações decorrentes de situação privilegiada no mercado. Essas e demais práticas, as quais, ainda que não expressamente tipificadas, caso sejam consideradas potencialmente lesivas à manutenção e desenvolvimento da ordem econômica, estarão sujeitas à análise e controle por parte da autoridade administrativa.

⁹⁸CADE. **Guia prático do CADE**: a defesa da concorrência no Brasil. 3 ed. Revista ampliada e bilingue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 38. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

⁹⁹FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 298.

¹⁰⁰ibidem, p. 299.

¹⁰¹Art. 36, §3º, inc. XVII da Lei 12.529/2011.

¹⁰²Art. 36, §3º, inc. XIX da Lei 12.529/2011.

3.3 Atuação do CADE na proteção da concorrência: controle dos atos de concentração

Diante da imperfeição natural do mercado e da forte tendência de práticas anticompetitivas, o CADE, por meio dos seus órgãos, assume papel importante na defesa da concorrência e, dessa forma, adota uma série de medidas objetivando não somente cessar e punir infrações à ordem econômica, como também prevenir que novos ilícitos ocorram.

A proteção da concorrência pela via repressiva diz respeito à verificação de infrações econômicas e aplicação de penalidades administrativas, as quais têm a função de reprimir condutas que restrinjam a concorrência sem que, com isso, tragam qualquer benefício ao mercado em que se inserem. Para tanto, segundo Calixto Salomão Filho, são utilizados os chamados critérios de identificação, que detectam a existência de condutas nocivas, e os critérios de sancionamento, os quais determinam a necessidade de punição¹⁰³. A partir disso, são aplicáveis as penas previstas na Lei nº 12.529 que incluem a cominação de multa, a proibição de contratação com instituições financeiras e participação em licitações, a cisão da sociedade, a cessação parcial da atividade, dentre outras.

Entretanto, em que pese a atuação do Conselho se dê tanto em caráter repressivo quanto no caráter preventivo frente aos ilícitos concorrenciais e, embora haja predominância de dispositivos legais que se referem à repressão, a prevenção de atos infracionais tem sido a atividade predominante no referido órgão. Pode-se dizer que “(...) o CADE passa a se dedicar muito mais à apreciação dos atos de concentração do que ao julgamento dos processos administrativos sobre condutas infracionais.”¹⁰⁴

Assim, a atuação preventiva adquire especial relevância no âmbito do direito antitruste, sendo que consiste no controle de atos de concentração, que podem ser definidos como negócios privados entre empresas diferentes que, por meio de fusões, incorporações e associações, se submetem a mudanças duradouras nas

¹⁰³SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Editora Malheiros, 2013, p. 209.

¹⁰⁴COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261.

suas estruturas e passam a ser consideradas, do ponto de vista econômico, como um único agente em todas as operações por elas realizadas¹⁰⁵.

É evidente que das concentrações podem advir inúmeras vantagens empresariais, as quais, para serem lícitas, devem se harmonizar com o interesse da sociedade. Por isso, faz-se imprescindível a análise dos impactos das respectivas negociações.

Nesse âmbito, o advento da Lei nº 12.529/11 trouxe significativa mudança no cenário do controle dos atos de concentração. Isso porque, até a entrada em vigor da atual Lei nº 12.529/11, o diploma legal anterior (Lei nº 8.884/04¹⁰⁶) estabelecia um prazo de quinze dias após a formalização da operação societária para que se realizasse o controle preventivo. Essa lógica, entretanto, era contraproducente já que, normalmente, as partes concluíam o negócio para, somente depois, receberem o aval do CADE e, nos casos de desaprovação, a operação tinha de ser desfeita, acarretando em grandes prejuízos para os agentes envolvidos. Ademais, a apreciação *a posteriori* incentivava a demora no fornecimento de informações e documentos por parte das empresas, pois o prolongamento do processo administrativo tornava menos provável a desaprovação da concentração e reduzia consideravelmente as opções para a solução de eventuais problemas concorrenciais¹⁰⁷.

Assim, a nova legislação, visando facilitar a apreciação das operações e deixar o processo de submissão das concentrações mais rápido e compatível com a lógica econômica e empresarial, determinou que a análise dos atos de concentração fosse efetivamente prévia. Em suma, isso significa que a deliberação do CADE deve ser anterior à finalização do negócio, sendo que as operações não podem se consumir caso não passem pelo controle e pela posterior decisão favorável do órgão de defesa antitruste.

¹⁰⁵SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 321.

¹⁰⁶Art. 54 da Lei nº 8.884/94:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§4º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.

(...)

¹⁰⁷SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. A Lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**. [s.d.].

A Lei nº 12.529, porém, estabelece que nem todos os atos de concentração devem ser submetidos ao crivo da autoridade administrativa. Segundo o artigo 88¹⁰⁸, serão obrigatoriamente verificadas as operações que envolverem grupos em que pelo menos uma das empresas possua faturamento bruto anual ou volume total no país, no ano anterior, equivalente ou superior à R\$ 400 milhões de reais e outra possua faturamento de R\$ 30 milhões de reais. Todavia, em observação ao §1º do referido dispositivo legal, o qual autoriza a alteração desses patamares, a Portaria Interministerial nº 994¹⁰⁹, de 30 de maio de 2012, determinou a modificação dos valores para R\$ 750 milhões de reais e R\$ 75 milhões de reais, respectivamente. Desse modo, delimitou-se, de forma mais precisa, quais atos deveriam, necessariamente, ser avaliados pelo CADE e quais prescindiam de qualquer análise.

Fica evidente, desse modo, que essas alterações no sistema de aprovação dos atos de concentração trazem benefícios tanto para as partes envolvidas nas operações, quanto para a economia como um todo, já que ao proporcionar maior segurança jurídica para as empresas, leva, conseqüentemente, a maiores perspectivas de investimentos no mercado.

É importante ressaltar, porém, que as vantagens da modificação na Lei e das alterações no procedimento de aprovação dos atos de concentração ficam condicionadas a uma atuação rápida, eficiente e conclusiva por parte do CADE. Tanto é assim que o diploma legal, no seu artigo 88, §2º, estipulou um prazo máximo de 240 dias para que seja realizada a análise. Isso porque,

¹⁰⁸ Art. 88 da Lei nº 12.529/11:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

¹⁰⁹ Portaria Interministerial nº 994:

Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

(...) as autoridades de defesa da concorrência precisam ser ágeis, sob pena de perderem efetividade; precisam garantir segurança jurídica para o mundo empresarial, sob pena de perderem legitimidade e precisam ter mecanismos de acompanhamento dos mercados, sob pena de não conseguirem cumprir o seu principal objetivo, que é defender o consumidor e o mercado interno brasileiro¹¹⁰.

Desse modo, decorrido o prazo legal, o Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência deve decidir pela aprovação integral, rejeição integral ou aprovação parcial do negócio pretendido¹¹¹. Para tanto, cada situação concreta submetida a julgamento deverá ser subordinada a um exame detido das circunstâncias que a envolvem, já que nem toda concentração é anticoncorrencial e, ainda que o seja, pode ser, a depender de um juízo de ponderação¹¹², admitida em razão das vantagens que proporcione à coletividade¹¹³.

Percebe-se, desse modo, que essa decisão é complexa, já que envolve a apreciação de uma série de fatores, como o grau de concentração do mercado antes e depois da operação, as cotas detidas pelas partes nesses momentos, os eventuais custos e benefícios derivados da concentração, mas, principalmente, toma em consideração o intrincado conceito de mercado relevante e a dinâmica da concorrência nele inserida.

¹¹⁰ CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinícius Marques de. **A nova etapa no CADE**. Disponível em: <<http://www.aarffsa.com.br/noticias5/18061209.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

¹¹¹ Art. 61 da Lei nº 12.529/11:

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

¹¹² FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 423.

¹¹³ FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 27.

4. O MERCADO RELEVANTE

O conceito de mercado relevante é um dos principais mecanismos utilizados na defesa da concorrência. Isso porque ele constitui o ponto de partida nas análises das autoridades antitruste, não só no que diz respeito à identificação e avaliação de ilícitos concorrenciais envolvendo abuso de posição dominante, mas também e, principalmente, na análise dos atos de concentração.

Assim, é possível dizer que, no campo do direito concorrencial, os atos empresariais estão diretamente relacionados com o mercado relevante¹¹⁴, sendo que seu conceito e sua delimitação são essenciais para conduzir a atuação do CADE e a dinâmica dos agentes, influenciando, de forma direta, no funcionamento do mercado.

4.1 Relevância da determinação do mercado relevante nos atos de concentração

O controle dos atos de concentração pela autoridade administrativa depende da análise de uma série de fatores, dentre os quais está o mercado relevante, que, nesta seara, assume especial importância. Isso porque sua definição é considerada o passo inicial e fundamental para a aprovação ou desaprovação das operações submetidas à apreciação do CADE, já que é a partir dela que se calculam os indicadores de concentração e se determinam as condições necessárias à caracterização do poder de mercado.

Assim, a qualificação de um dado mercado como relevante constitui tarefa que, de forma lógica, precede qualquer análise de poder econômico, já que qualquer materialização de um fenômeno de poder na economia se dá no âmbito de um mercado de bens ou serviços devidamente e juridicamente individualizado¹¹⁵. Isso significa que o domínio de mercado e o abuso de posição dominante só se

¹¹⁴ KOBUS, Renata Carvalho; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Concorrência no mercado de bebidas frias: fluidez conceitual e barreiras à entrada. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 186.

¹¹⁵ ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 66.

manifestam em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado, que é o relevante¹¹⁶. De forma sucinta:

Só se pode falar em existência de poder de mercado se for definido previamente em qual espaço esse poder pode ser exercido. Assim, para se caracterizar a possibilidade de exercício de poder de mercado, primeiramente é necessário que se defina qual mercado relevante é afetado por um ato de concentração ou por uma conduta, para em seguida inferirmos se neste mercado existe probabilidade de exercício abusivo desse poder¹¹⁷.

Desse modo é que se diz que “na determinação do grau de poder econômico de um agente, (...), a dogmática do direito de defesa da concorrência desenvolveu um instrumento teórico de suma importância, o qual está contido na noção de mercado relevante”¹¹⁸.

Percebe-se, dessa maneira, que as noções de processo de concentração econômica, poder de mercado e mercado relevante estão estreitamente relacionadas entre si. É assim porque os percentuais de participação de cada empresário no mercado possuem relevância e ganham expressão quando estão inseridos nos segmentos específicos em que atuam e essas participações podem ser reduzidas ou diluídas caso a referência seja ampliada para maiores parcelas ou mesmo para toda a economia do país.

É essencial, portanto, definir o mercado em que atuam os agentes envolvidos, pois isso permite a identificação de eventuais preocupações concorrenciais decorrentes de uma concentração econômica. Nesse sentido, o objetivo principal, ao determinar um mercado relevante, tanto em relação ao produto ofertado, como também no que diz respeito à dimensão geográfica, é o de identificar em que setores atuam os agentes envolvidos e como estes podem influenciar a economia, seja de modo positivo ou de modo negativo, culminando em eventuais preocupações concorrenciais. Em outras palavras,

(...) em cada caso concreto, é necessário saber em que mercado ou parcela de mercado as empresas se acham em situação de

¹¹⁶FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 214.

¹¹⁷CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilíngue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2015.

¹¹⁸ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 65.

concorrência, o que, na expressão de Bernini ‘(...) pressupõe valoração, em termos de zona geográfica e de produto (e respectiva substitutibilidade), sem a qual é impossível determinar, em concreto, aqueles dados que permitem medir a relevância do prejuízo (...)’¹¹⁹.

É assim porque o recorte do mercado relevante implica, necessariamente, a percepção do mercado em que o agente econômico está inserido, o que, conseqüentemente, pressupõe o estudo do mercado em que este concorre, ou seja, implica a “(...) identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de concorrência de que participa o agente econômico”¹²⁰.

Em outras palavras, definir o mercado relevante importa determinar quem são e onde estão localizados os agentes envolvidos na operação, como também inclui a tarefa de identificar os concorrentes e precisar a influência de tais competidores na dinâmica do setor em questão, por exemplo, no tocante aos preços ou à qualidade dos produtos.

Nesse sentido se dá a relevância da matéria no âmbito dos atos de concentração, já que a determinação do poder econômico resultante de tais atos pressupõe o emprego da concepção de mercado relevante. Nessa lógica, o próprio CADE, em seu guia prático, afirma que “a definição de mercado relevante é de vital importância para a análise dos casos que chegam ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, uma vez que ele é o espaço onde o poder de mercado pode ser inferido”¹²¹. Isso porque a avaliação do mercado e de demais fatores que, a depender do caso concreto, possam vir a ser significativos, permite que a autoridade administrativa decida pela aprovação ou não de determinada operação.

O mercado relevante desponta, assim, como um elemento balizador do mercado livre em que se pretenda fazer prevalecer a concorrência dos agentes econômicos, já que é no contexto do mercado relevante, que se verificam se os fatos, atos e suas conseqüências afrontam ou não a ordem jurídica-econômica vigente¹²².

¹¹⁹FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992, p. 23.

¹²⁰FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

¹²¹CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilíngue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 23. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2015.

¹²²ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 71.

Ademais, o exame do mercado relevante funciona como instrumento necessário para indicar os limites do universo no qual se pretende defender a concorrência. Dessa maneira, o Estado, mediante seus órgãos competentes, em sua função de tutela da concorrência, delimita tecnicamente o campo em que esta se desenvolve ou poderia desenvolver-se, sendo que essa delimitação é operacionalizada por meio do conceito de mercado relevante¹²³. Daí, também, advém a responsabilidade que recai sobre a autoridade administrativa, já que a delimitação do mercado relevante pré-direciona a decisão a ser tomada, ou seja, os limites traçados de maneira muito restritiva ou muito ampliativa podem influenciar a decisão concernente a um ato de concentração potencialmente lesivo à concorrência.

Fica evidente, portanto, que a análise do mercado relevante é fundamental para os fins da disciplina jurídica da tutela da concorrência, uma vez que possibilita a identificação e a segmentação entre produtos que concorrem entre si e os que não concorrem.

Entretanto, em que pese a inegável importância do mercado relevante no direito antitruste, a Lei nº 12.529 de 2011 não explica, de maneira exata, o seu significado, deixando para a jurisprudência e para a doutrina a tarefa de buscar e concretizar o sentido ali contido. Nesse sentido, sua aplicabilidade está sujeita ao complemento de outras normas e tem sido objeto de construções teóricas, visando uma melhor compreensão do conceito.

4.2 Conceituação de mercado relevante

O mercado relevante aparece de forma constante na legislação e na jurisprudência antitruste. Ocorre, porém, que, na maioria das vezes, o termo vem desacompanhado de qualquer conceituação que explicita efetivamente seu conteúdo. O conceito de mercado relevante, desse modo, é aberto e comporta várias interpretações, sendo que tentar defini-lo constitui tarefa complexa que dificulta a existência de um consenso a respeito do tema na doutrina.

A complexidade na conceituação e a falta de unanimidade dos estudiosos surgem, em primeiro lugar, do fato de que a noção de mercado relevante representa um ponto de intersecção entre a economia e o direito. Cuida-se, portanto, de um

¹²³ ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 73.

conceito híbrido – econômico e jurídico – representado pela relação entre o poder de mercado e as alternativas de escolha dos consumidores. Assim, o conceito de mercado relevante não é exclusivo da ciência econômica, já que também serve à aplicação do direito quando atua como instrumento teórico desenvolvido com o fim de auxiliar na aplicação das normas jurídicas.

Tanto é assim que o conceito teve origem nos Estados Unidos em um caso em que a empresa *E. I. duPont de Nemours & Co.*, acusada de deter o monopólio da produção de papel celofane no país, defendeu-se sob o argumento de que o produto ofertado, na verdade, possuía como concorrentes, não somente os demais fabricantes do produto, mas também os produtores de outros materiais flexíveis para embalagem. Assim, requereu a consideração do mercado de maneira ampla, a fim de que não restasse caracterizado o domínio do setor, já que, nesse âmbito, o consumo de papel celofane seria inferior a 20%¹²⁴. Dessa forma, tendo a Suprema Corte Americana acolhido a alegação, passou a adotar o conceito de mercado relevante (*relevant market*¹²⁵), como sendo o “mercado composto de produtos que têm razoável grau de permutabilidade, em razão do propósito para o qual eles foram produzidos – preço, uso e qualidades consideradas”¹²⁶.

A partir disso, a doutrina norte-americana, que ainda não contava com um conceito para o que seria o *relevant market*, passou a tentar defini-lo. Hovenkamp o descreveu como:

O menor mercado no qual a elasticidade da demanda e da oferta é suficientemente baixa, de modo que uma empresa com 100% de tal mercado, poderia, lucrativamente, reduzir a sua produção e aumentar os seus preços substancialmente¹²⁷.

Sullivan, por sua vez, ensina que:

¹²⁴BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-79.

¹²⁵ United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.:

“In considering what is the relevant market for determining the control of price and competition, no more definite rule can be declared than that commodities reasonably interchangeable by consumers for the same purposes make up that “parte of the trade or commerce” monopolization of which may be illegal”.

U.S SUPREME COURT. **United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/>>. Acesso em: 01 de julho de 2015.

¹²⁶BRUNA, Sérgio Varella. *Op. Cit.*, p. 79.

¹²⁷HOVENKAMP apud ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 66.

Definir um mercado em termos geográficos e de produto é o mesmo que dizer que se os preços de um produto para uma determinada área fossem substancialmente aumentados ou o seu volume substancialmente reduzido (mantida constante a demanda), uma oferta proveniente de outras fontes não ocorreria de uma maneira suficientemente rápida e em quantidades suficientemente grandes para restaurar os antigos preços e volume¹²⁸.

A conceituação surge, portanto, a partir da ideia de que o mercado, na visão da disciplina antitruste, é entendido como o “espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos”¹²⁹. Dessa forma, o mercado apresenta várias dimensões, as quais podem ser subdivididas em espaços econômicos menores, que se inter-relacionam em menor e maior grau. Esses espaços restritos, nos quais é possível apurar o grau de concorrência existente entre dois ou mais agentes econômicos, é o que se convencionou chamar de mercado relevante.

É nesse sentido que o conceito de mercado relevante atua como um dos mais importantes instrumentos disponíveis às autoridades administrativas na avaliação de entraves concorrenciais, já que quando se fala em mercado, tem-se uma noção muito ampla e menos utilizada para fins de concorrência, tendo em vista que os mercados precisam ser, com frequência, particularizados para que sejam analisados.

No Brasil, a expressão ‘mercado relevante’ foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 8.884/1994. O CADE, ao conceituar o mercado relevante, definiu-o como “(...) a unidade de análise para avaliação do poder de mercado”¹³⁰, ou seja, é a medida que define a fronteira de concorrência entre os agentes econômicos, já que estabelece um espaço em que não é possível a substituição do produto em questão por outro, seja porque não há substitutos ou porque não é possível obtê-los¹³¹.

Em outras palavras, segundo essa definição, o mercado relevante permite a avaliação quanto à substitutibilidade dos produtos analisados e, conseqüentemente,

¹²⁸SULLIVAN apud ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 66.

¹²⁹BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 75.

¹³⁰CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilíngue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 23. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2015.

¹³¹Ibidem, p. 23.

oportuniza a verificação sobre se os bens considerados e seus eventuais substitutos constituem ou não um mercado específico e separado em relação ao restante do mercado.

Ainda, para o CADE, o mercado relevante é conceituado como

(...) produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal (is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não-transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região¹³².

Assim, a partir do conceito fornecido pelo Conselho, é cabível dizer que na definição são significantes fatores como o modo com que as empresas são capazes de aumentar os seus preços acima dos níveis normais de concorrência, a possibilidade de que os consumidores têm de obter bens iguais ou equivalentes e a capacidade das demais empresas de fornecer tais produtos. Daí, seria legítima a afirmação de que o mercado relevante é a composição de todas as regiões e produtos substitutos capazes de exercer pressão concorrencial sobre a região e produtos em análise.

Na doutrina brasileira, Waldirio Bulgarelli define o mercado relevante como um "(...) mercado afetado, ou seja, mercado a considerar (...) referindo-se *areas of effective competition*, portanto alcançando relações com bens, espaço, tempo, e ainda, produtos, demanda, preço"¹³³.

Juliana de Oliveira Domingues e Eduardo Molan Gaban, de maneira sucinta, explicam o mercado relevante "(...) como um mercado suscetível de ser afetado por um comportamento unilateral"¹³⁴.

Paula Forgioni, a seu turno, define: "o mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado"¹³⁵.

¹³²CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilíngue. São Paulo, CIEE, 2007, p. 23. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2015.

¹³³ BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. São Paulo: Atlas, 1997, p.126.

¹³⁴DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate aos carteis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

¹³⁵ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 214.

Calixto Salomão, por sua vez, situa o mercado relevante em um contexto de identificação de poder econômico, ou seja, para o autor, é um critério de mensuração, é um “(...) método de determinação do poder de mercado (...)”¹³⁶, o qual é válido tanto para situações de poder já existentes, quanto para aquelas que virão a se formar em função de eventuais concentrações empresariais¹³⁷.

A partir dessas formulações, é possível perceber que o mercado relevante é um conceito que se vincula a um processo dinâmico, o qual envolve a verificação e a análise da atividade dos agentes econômicos no mercado, bem como das políticas econômicas adotadas no contexto em que se insere.

Conclui-se, assim, que, em que pese atue como um dos mais importantes instrumentos disponíveis às autoridades administrativas na avaliação de entraves concorrenciais, o conceito de mercado relevante não apresenta uma definição exata e precisa. Se por um lado, porém, a elucidação do conceito, por si só, já apresenta grandes dificuldades, a delimitação casuística desses espaços se faz ainda mais complexa.

4.3 A determinação do mercado relevante: os parâmetros atualmente utilizados

Determinar um mercado relevante é tarefa difícil, pois consiste num exercício hipotético que busca, por aproximações sucessivas, estabelecer um grupo de produtos e uma área geográfica em que se estabelecem as relações econômicas significativas para efeitos anticompetitivos. Logo, trata-se de um exercício mental que pretende delinear os mercados em que os poderes dos agentes econômicos poderiam ser exercidos.

Ademais, a determinação de um mercado relevante não pode se dar de forma automática, já que é resultado de um método indicativo de análise que depende do levantamento de grande volume de dados e de inúmeros fatores que influenciam, de maneira direta, a sua demarcação. Nesse sentido, a avaliação de fatores como hábitos de consumo, particularidades da oferta, apelos publicitários e demarcação de um público-alvo, existência de custos de transporte, barreiras regulatórias e de

¹³⁶SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Editora Malheiros, 2013, p. 156.

¹³⁷Ibidem, p. 156.

incentivos governamentais¹³⁸, podem ser úteis e devem ser levados em conta na delimitação do mercado relevante.

Na prática, porém, a determinação do mercado relevante delimita-se pelas suas fronteiras com os demais mercados, baseando-se, fundamentalmente, em três aspectos: o geográfico, o material e o temporal. Esses três enfoques são considerados em conjunto, tendo em vista que são indissociáveis e complementares entre si.

A dimensão temporal, em que pese não ser aceita com unanimidade na doutrina e não ser mencionada com frequência pela jurisprudência, está contida na análise do mercado relevante, já que incide sobre as outras duas. Ela possui relevância já que o lapso temporal considerado no momento da delimitação do mercado é importante, pois o mercado relevante deve ser observado e considerado num momento determinado, sendo que diferentes períodos levam à variação dos limites lógicos do mercado considerado. Isso significa, desse modo, que um mercado relevante pode ser considerado mais ou menos abrangente em função do momento de seu exame.

É evidente, portanto, que o aspecto temporal deve ser levado em consideração para a definição do mercado relevante, inclusive porque, se de um lado, uma redução exagerada da dimensão temporal neutraliza o conceito de concorrência potencial, de outro, a sua ampliação exagerada torna ineficaz a aplicação do direito de defesa da concorrência¹³⁹.

Entretanto, a par da relevância inegável do aspecto temporal, definir um determinado mercado relevante significa responder a, basicamente, duas questões: quem são os produtores ou fornecedores capazes concorrer entre si e, desse modo, interferir nas vendas e nos lucros uns dos outros – o que define o mercado relevante material – e onde se encontram tais concorrentes – o que configura o mercado relevante geográfico.

Assim,

Basicamente, o exercício da definição de mercado consiste na identificação das verdadeiras fontes alternativas de fornecimento

¹³⁸DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158 e 162-163.

¹³⁹ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 68.

para os clientes (...), tanto em termos de produtos/serviços como em termos da localização geográfica dos fornecedores¹⁴⁰

Em resumo, pode-se dizer que o mercado relevante, no âmbito do qual se deve apreciar uma determinada questão do ponto de vista de concorrência é, por conseguinte, determinado pela conjugação dos mercados do produto e geográfico.

4.3.1 Mercado relevante geográfico

Conforme se depreende da própria expressão, o mercado geográfico denota o aspecto físico a ser levado em consideração para efeito de determinação do mercado relevante.

Para Calixto Salomão Filho, “a dimensão geográfica é a mais importante na definição do mercado”¹⁴¹, tendo em vista que ela permite, através da sua ampliação, a descaracterização da existência de poder, além do que, segundo o autor, “(...) é na perspectiva geográfica que se fazem sentir os efeitos das novas tendências do direito concorrencial”¹⁴².

Desse modo, pode-se definir o mercado relevante geográfico como “(...) a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva”¹⁴³, no caso de análise de condutas anticompetitivas, ou como “(...) o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas”¹⁴⁴, na hipótese de apreciação de atos de concentração. Assim, o mercado relevante geográfico seria aquela região na qual as empresas fornecem seus produtos em condições de concorrência suficientemente homogêneas e que pode distinguir-se de áreas vizinhas pelo fato de que as condições de competição, nessas áreas, são consideravelmente diferentes¹⁴⁵.

É evidente, porém, que o conceito espacial de mercado, atualmente compreendido, não está relacionado, de forma direta, ao local onde se encontra o

¹⁴⁰COMUNICAÇÃO da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

¹⁴¹SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Editora Malheiros, 2013, p. 167.

¹⁴²Ibidem.

¹⁴³FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 216.

¹⁴⁴Ibidem, p. 216.

¹⁴⁵DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, o. 161.

estabelecimento comercial, mas sim ao local onde o agente entra (ou tem possibilidade de entrar) em contato com seus compradores. Sendo assim, não devem ser consideradas concorrentes duas empresas que possuem seus estabelecimentos em um mesmo território, mas vendem seus produtos em áreas comerciais diversas. Por outro lado, se duas empresas possuírem sedes em locais diferentes, mas desenvolverem suas atividades comerciais em uma mesma área, podem ser reputadas como concorrentes¹⁴⁶.

É nesse sentido que José Del Chiaro Ferreira da Rosa e Luiz Fernando Schuartz afirmam que “a área de concorrência real ou potencial pode ser qualquer área geográfica comercialmente significativa”¹⁴⁷. O mercado relevante geográfico corresponderia, desse modo, ao espaço em que concorrem produtos, dentro dos limites de uma atividade de oferta economicamente vantajosa e a qual tenham acesso os mesmo consumidores e clientes¹⁴⁸. Geograficamente, portanto, um mercado relevante pode ser local, regional, nacional ou até mesmo internacional¹⁴⁹.

A aferição do mercado relevante geográfico pode ser realizada através de vários métodos, dentre os quais se destaca a técnica da elasticidade cruzada, que determina o mercado relevante baseando-se na substitubilidade do bem pelos consumidores frente a um aumento de preço de um determinado produto.

Sob essa perspectiva, portanto, o mercado relevante geográfico existe quando o aumento de preços por parte do agente que detém o domínio do mercado não afeta de maneira substancial a elasticidade cruzada da oferta ou da demanda, ou seja, não provoca variação no percentual na quantidade demandada de um bem por causa da variação do preço de outro equivalente. Por outro lado, se não forem verificados esses efeitos quando da alteração do valor do produto, há que se considerar que, naquele espaço, não está configurado um mercado relevante geográfico, devendo ser, por isso, ampliado o local de estudo. A esse respeito,

A melhor forma para avaliar a dimensão do mercado geográfico é observar o comportamento de preços durante um longo período de

¹⁴⁶ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 68.

¹⁴⁷Ibidem, p. 67.

¹⁴⁸NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

¹⁴⁹KOBUS, Renata Carvalho; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Concorrência no mercado de bebidas frias: fluidez conceitual e barreiras à entrada. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 188.

tempo. Se o preço na área A consistentemente e rapidamente aumenta e/ou diminui em resposta às mudanças de preços na área B, então ambas as áreas deverão ser agrupadas dentro de um mesmo universo territorial¹⁵⁰.

Outro método utilizado é o chamado teste do monopolista hipotético. Segundo essa técnica, deve-se considerar, em um conjunto de produtos e áreas específicos, qual seria o resultado final de “um pequeno, mas significativo e não transitório aumento dos preços”¹⁵¹ para um agente econômico que detivesse o monopólio dentro do âmbito considerado. Assim, se o monopolista considerar que o aumento de preço não é rentável, é necessário que se acrescentem outros produtos que sejam substitutos ou próximos ao originalmente considerado. Desse modo, o mercado relevante será identificado como o “(...) o menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada exercer o poder de mercado”¹⁵².

Tomando por base essas ideias, o mercado relevante geográfico, a partir desse método, seria delimitado pela menor área geográfica necessária para que um suposto monopolista possa impor suas condições de preço¹⁵³. Em outras palavras, corresponde a uma área física, dentro da qual o agente econômico pode aumentar os preços dos seus produtos, sem que, com isso, tenha seu campo de atuação inundado por outros fornecedores que produzem bens similares ou que perca clientes para fontes alternativas de oferta situadas fora daquela região¹⁵⁴.

O teste do monopolista hipotético, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, é o método atualmente utilizado pelo CADE para a determinação do mercado relevante¹⁵⁵. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, expedido pelo Ministério da Justiça e da Fazenda através da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de agosto de 2001, elucida que o teste do monopolista hipotético

¹⁵⁰DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161.

¹⁵¹No original: “(...) small, but but significant and non-transitory increase in price (‘SSNIP’)”. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 03 de julho de 2015.

¹⁵²Ibidem.

¹⁵³DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Op. Cit.*, p. 156.

¹⁵⁴Ibidem, p. 161.

¹⁵⁵BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

(...) não é o único instrumental possível de ser utilizado na delimitação do mercado relevante. Outros métodos, tais como o da elasticidade cruzada ou o teste da correlação de preços ao longo do tempo (*pricecorrelation over time*), também podem ser úteis. Entretanto, seja qual for o método utilizado, a lógica do teste do “monopolista hipotético” deve estar sempre presente (...) ¹⁵⁶.

Isso significa, portanto, que em que pese existirem outros métodos, os quais atuam como auxiliares, na atuação das autoridades administrativas brasileiras, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, a lógica do monopolista hipotético é a que prevalece quando da determinação do mercado relevante geográfico.

4.3.2 Mercado relevante material

O mercado relevante material, também chamado de mercado relevante do produto, é aquele que considera, para sua análise, o produto ou o serviço ofertado. É, portanto, “(...) aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece” ¹⁵⁷. É, por conseguinte, o mercado que abrange todos os produtos substituíveis pelo consumidor, considerando que cada bem apenas concorre com produtos com os quais guarde similaridade e pelos quais possam ser substituídos.

Essa análise toma como elementos de ponderação os possíveis usos, a qualidade, a marca e o preço do bem. Nesse âmbito, portanto, fundamental é a identificação do produto ofertado pelo agente econômico, em todas as suas características e peculiaridades. Isso porque, se por um lado, nem todos os produtos que se destinam a um determinado uso são substituíveis entre si, já que uma ocasional diferença de preço ou qualidade pode dificultar ou impedir a permutação ¹⁵⁸, por outro lado, diferentes produtos podem apresentar “(...)

¹⁵⁶BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

¹⁵⁷FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 220.

¹⁵⁸KOBUS, Renata Carvalho; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Concorrência no mercado de bebidas frias: fluidez conceitual e barreiras à entrada. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 189.

característica físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento”¹⁵⁹.

Não obstante, tal análise não deverá limitar-se ao produto, em si, de forma isolada e estanque, tendo em vista que deve também levar em consideração o produto sob o prisma do consumidor, já que este é, em última análise, o maior interessado nos atributos e na disponibilidade dos bens ofertados no mercado. Portanto, não devem ser apenas considerados os aspectos técnicos, mas também sua efetiva possibilidade de ocorrência prática a partir dos hábitos dos consumidores.

É nesse sentido que se fala que a definição do mercado relevante abrange a dimensão da oferta e da demanda. Do lado da oferta, ter-se-ia a avaliação quanto à substitutibilidade do produto, enquanto do que do lado da demanda, seriam consideradas as impressões e preferências do consumidor.

Assim, a delimitação do mercado relevante material reivindica não só a análise do produto ofertado, mas também a verificação a respeito do comportamento do consumidor em relação ao produto. Isso porque a perspectiva de o consumidor escolher um produto no lugar de outro, ou seja, a existência de fungibilidade entre os produtos é determinante para o estabelecimento do mercado relevante. Resumidamente, “a fungibilidade dos produtos faz com estes integrem o mesmo mercado relevante material. Não havendo a substituição de um produto por outro, há uma potencial caracterização de vários mercados relevantes materiais”¹⁶⁰.

A partir disso, pode-se dizer que a técnica da elasticidade cruzada apresenta especial pertinência no que diz respeito ao mercado relevante de produtos, já que atua como indicativo ao permitir a verificação, com maior facilidade, do fenômeno da fungibilidade. Assim, supondo-se a existência de dois produtos similares, se o preço de um é aumentado e a procura pelo outro se torna maior, então esses produtos são intercambiáveis e, conseqüentemente, integram o mesmo mercado relevante material¹⁶¹. De modo contrário, se o aumento de preço de um deles não influencia a

¹⁵⁹BRASIL. Ministério da Justiça. **Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>>. Acesso em: 07 de julho de 2015.

¹⁶⁰KOBUS, Renata Carvalho; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Concorrência no mercado de bebidas frias: fluidez conceitual e barreiras à entrada. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 188.

¹⁶¹PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 30.

venda do outro, isso significa que os produtos não se encontram em relação de concorrência e, sendo assim, não constituem o mesmo mercado relevante material.

Entretanto, apesar da utilidade do método da elasticidade cruzada, atualmente, assim como acontece com o mercado relevante geográfico, o mercado relevante de produtos é definido pelo CADE fundamentalmente através do teste do monopolista hipotético. Isso não significa, porém, que o método da elasticidade cruzada, bem como outros métodos existentes não sejam considerados e atuem como suplementares na delimitação do mercado relevante. A opção pelo teste do monopolista hipotético apenas indica que os limites do mercado relevante material serão estabelecidos de acordo com um critério que revele o "(...) menor grupo (...) necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um (...) aumento de preços (...)"¹⁶².

Trata-se, assim, de saber se os consumidores transfeririam a sua procura para os produtos de substituição disponíveis como reflexo de um aumento hipotético de preços. A fim de exemplificação prática, seria possível considerar o âmbito de vendas de refrigerantes, no qual deveria se decidir se bebidas de diferentes sabores pertencem ou não ao mesmo mercado. Nesse caso, utilizando-se do método do monopolista hipotético, a questão consistiria em saber se os consumidores do sabor A passariam a adquirir bebidas de outros sabores quando confrontados com um aumento de preço. Se um número suficiente de consumidores passasse a adquirir o sabor B, comprometendo a rentabilidade do fabricante de A, cabível dizer que o mercado relevante, nessa situação, compreenderia, pelo menos, os sabores A e B.

A tarefa de delimitar o mercado relevante material, portanto, busca estabelecer um grupo de produtos no qual o exercício de poder de mercado, que se busca prevenir ou reprimir, seja logicamente possível.

De todo o exposto, é possível perceber que a delimitação do mercado relevante, tanto no seu aspecto material como geográfico, é incumbência que exige uma investigação cuidadosa e criteriosa dos métodos e técnicas utilizados e dos fatores que possam, de alguma forma, influenciar a investigação dos produtos e da área geográfica sob estudo. Assim, constata-se que os critérios de definição do mercado relevante são aplicados, em geral, para a análise dos comportamentos no

¹⁶² BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

mercado e das transformações estruturais na demanda e na oferta de produtos, sendo que tais análises podem apresentar resultados distintos a depender da metodologia e dos parâmetros utilizados, o que demonstra a elasticidade e flexibilidade do conceito.

5. MERCADO RELEVANTE COMO VÁLVULA DE ESCAPE: FLEXIBILIDADE E FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA

A conceituação e a delimitação do mercado relevante supõem uma noção estática que se contrapõe a uma percepção dinâmica. Isso ocorre porque a legislação antitruste contém valores econômicos e disciplina relações complexas, as quais estão sujeitas a constantes mutações. É nesse sentido que se pode dizer que o mercado relevante atua como uma válvula de escape no direito concorrencial, tendo em vista que o conceito, quando aplicado, é objeto de constantes flexibilizações, a fim de que se torne volúvel e adequável à realidade em que se insere.

Como ocorre em outros âmbitos, a análise de atos de concentração referentes ao setor de bebidas frias comprova a elasticidade do mercado relevante e demonstra que a plasticidade do conceito pode levar, também, à falta de segurança jurídica. Tal insegurança das decisões do CADE a respeito da matéria conduz a uma busca por parâmetros definidores que possam conferir maior previsibilidade ao julgamento realizado pelas autoridades administrativas.

5.1 Elasticidade x insegurança jurídica

A legislação antitruste brasileira, tanto no enunciado de suas normas, como em seu processo de aplicação, é permeada por instrumentos que objetivam evitar que a tutela da concorrência desempenhe função oposta à pretendida¹⁶³. Assim, a fim de evitar que as normas protetivas da concorrência gerem efeitos contrários aos desejados, admite-se a ductilidade do texto normativo, já que não seria possível imaginar uma legislação rígida, de modo que qualquer acordo entre empresas ou qualquer ato de concentração fosse considerado limitador da concorrência.

É justamente o reconhecimento do caráter não rígido da legislação antitruste que permite, inclusive, que algumas práticas, em que pese caracterizarem e produzirem, a priori, condutas ou efeitos restritivos à concorrência, sejam aprovadas e autorizadas pelas autoridades administrativas. É assim porque, muitas vezes, a leitura rigorosa e formal dos dispositivos legais culmina em óbices à livre

¹⁶³FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.

concorrência e ao adequado desenvolvimento do mercado, contrariando os escopos do direito concorrencial.

Nesse sentido, José Alexandre Tavares Guerreiro afirma que “é um dado irrecusável da realidade contemporânea a necessidade de estender os limites da atividade jurisdicional para além do formalismo clássico”¹⁶⁴, já que o casuísmo legal, por mais pormenorizado que seja, não compreende todas as possibilidades das relações comerciais¹⁶⁵. Em outras palavras, pode-se dizer que o paradigma positivista de sujeição à literalidade da lei não prevalece mais, já que as situações fáticas não se enquadram fielmente às hipóteses normativas previstas em lei.

Dessa forma, o texto normativo, como um todo, é submetido a uma necessária flexibilização, a fim de que possa se adequar à mutável e dinâmica realidade em que se enquadra. Isso porque

é impossível prever tudo na lei, de forma a autorizar aquilo que tem que ser autorizado e reprimir o que tem que ser reprimido. Dado o grande número de práticas negociais, não há quase nenhum teste prático capaz de avaliar o caráter competitivo ou monopolista dos agentes¹⁶⁶.

Ademais, tendo em vista que as normas antitruste funcionam como instrumentos de aplicação e implementação de políticas públicas, não é possível dissociá-las do contexto em que se inserem¹⁶⁷. Isso significa dizer que a principal referência para a interpretação das regras no direito concorrencial é a realidade econômica e social a que se destinam.

Desse modo, a maleabilidade dos preceitos aparece, inclusive, como um atributo essencial que caracteriza e particulariza as normas antitruste. Assim, porque as disposições de direito econômico versam sobre situações conjunturais e

¹⁶⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1987, p. 7.

¹⁶⁵Ibidem, p. 7.

¹⁶⁶Tradução livre. No original: “It is impossible to write into the law prohibitions which would not prohibit desirable kinds of competitive practices, and exemptions which would not exempt undesirable kinds of practices. With regard to a very large number of business practices, we are almost without any practical test evaluating their competitive or monopolistic character”.

MACHLUP, Fritz. **The political economy of monopoly**: business, labor and government policies. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952, p. 103.

¹⁶⁷FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

porque assumem função de ferramentas normativas, “(...) é imprescindível que sejam dotadas de caráter extremamente flexível”¹⁶⁸.

No que diz respeito ao mercado relevante, a situação não é diferente. A Lei nº 12.529/2011 não conceitua ou estabelece metodologias para a determinação do mercado relevante. A ausência de preceitos legais expressos não significa necessariamente imperfeição linguística ou falta de zelo por parte do legislador, já que

O conceito jurídico indeterminado é a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada¹⁶⁹.

Desse modo, a carência de precisão dos conceitos incluídos na lei pode ser, muitas vezes, resultado de atuação proposital e deliberada do legislador, já que a vaguidade de um conceito pode ser uma característica pertinente, a fim de que o intérprete busque maior excelência na valoração significante/significado, levando à longevidade e à atualização constante da norma¹⁷⁰. A inexistência de regras e indicadores fixos advém, portanto, da própria natureza do direito antitruste, que se perfaz de maneira dinâmica e veloz sem que a legislação consiga, necessariamente, acompanhar os fatos econômicos com a mesma velocidade e no mesmo ritmo com que estes se desenvolvem¹⁷¹.

Nesse sentido, pode-se dizer que “(...) as relações econômicas raramente são tão simples a ponto de autorizar a definição de mercado relevante com exatidão e segurança. Não existe, para cada modelo, um único, real, ‘mercado’ esperando para ser descoberto”¹⁷². É evidente, dessa forma, que não existe uma “(...) fórmula matemática para a determinação do mercado relevante, mas apenas *métodos* que

¹⁶⁸GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 187.

¹⁶⁹VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178.

¹⁷⁰ibidem, p. 178.

¹⁷¹ PROCADE. **Parecer nº 05/2004** (Medida Cautelar nº 08700.000501/2004-42). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/668_ParecerProCADE.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2015.

¹⁷²SULLIVAN apud FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

acabam por (...) fornecer *indicativos*¹⁷³, os quais, utilizados de forma conjunta, auxiliam em tal encargo.

Assim, partindo do pressuposto de que o conceito de mercado relevante está construído sobre a base de uma demanda e uma oferta não reais, mas potenciais, resulta que o conceito examinado fundamenta-se na construção de um modelo hipotético, ou seja, na elaboração de uma prognose. Deste modo, a questão fundamental na determinação de um mercado relevante não é saber se o agente A efetivamente compete com o agente B, mas sim se este último competiria com aquele, caso determinadas condições fossem preenchidas. Isso explica, dentre outras coisas, o caráter flexível e dinâmico da matéria¹⁷⁴. É nesse sentido que se diz que, em especial, no âmbito dos atos de concentração, a plasticidade da definição do mercado relevante “(...) é arguida como defesa antitruste de inestimável valor (...)”¹⁷⁵, pois viabiliza a verificação dos efeitos resultantes de uma eventual operação concentracionista.

A partir disso, é possível concluir que o mercado relevante atua como uma válvula de escape da legislação antitruste, tendo em vista que pode conformar-se à solução mais adequada aos fins perseguidos pelas autoridades administrativas e à concretização da política econômica. Isso significa que, ao mesmo tempo em que dispõe sobre a repressão de atos potencialmente lesivos à concorrência, o sistema prevê as chamadas válvulas de escape – dentre as quais se encontra o mercado relevante – a fim de impedir que a repressão de condutas, em termos restritos, configure um entrave ao desenvolvimento econômico.

Assim, por possibilitar a flexibilização do alcance da legislação, surgindo como um mecanismo conveniente à implementação de uma política concorrencial adequada, é que se fala na delimitação do mercado relevante de forma instrumental, ou seja, tem-se que a definição do mercado relevante atua como meio para a consecução de determinado fim.

Ocorre que se, por um lado, a elasticidade e a flexibilidade são inerentes às normas antitruste e se mostram benéficas para atender as demandas do mercado,

¹⁷³ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

¹⁷⁴ ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 66-67.

¹⁷⁵ LIMA, Vânia Maria de Paula. **Elementos de direito da concorrência: definição de mercado relevante e concentração econômica**. Disponível em: <www.faminas.edu.br/download/baixar/408>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

por outro lado, parece correta a busca por parâmetros definidores e critérios nítidos e definidos, de forma que as decisões não sejam discricionárias e instáveis, já que a caracterização do mercado relevante é elemento crucial e determinante para a autorização ou impedimento das operações de concentração.

Nas palavras de James MacCall, “em grande número de fusões, a determinação do(s) mercado(s) no(s) qual(is) atuam as empresas envolvidas determinará o resultado da decisão”¹⁷⁶. A partir disso, é possível concluir que quanto mais elementos forem considerados na qualificação de um mercado relevante, maior será a tendência de restrição e, conseqüentemente, haverá uma potencialização das possibilidades de caracterização de posições dominantes. Ao contrário, se a dimensão de compreensão do mercado relevante for ampliada, o impacto jurídico anticoncorrencial provavelmente será diluído, o que acarretará numa predisposição à autorização dos atos concentracionistas.

Assim, parece evidente que o resultado final de um ato de concentração e, conseqüentemente, seus efeitos no mercado são corolários da discricionariedade interpretativa exercida pela autoridade antitruste que, muitas vezes, atua como legislador no caso concreto, adequando as normas carentes de delimitações precisas aos casos submetidos a sua apreciação.

Ademais, é possível perceber, por meio da análise do mercado e dos fluxos negociais, que a disputa entre os agentes econômicos a fim de conquistar novos mercados e novos consumidores é baseada nas respostas que estes obtêm das autoridades administrativas, já que empresas atuam com maior ou menor impetuosidade de forma proporcional às políticas de proteção adotadas¹⁷⁷.

Daí a importância de delimitar parâmetros que permitam que o conceito indeterminado, torne-se, de algum modo, determinável e previsível, já que os limites colocados pela lei, ainda que tênues, devem ser respeitados, a fim de que não adentre ao campo da arbitrariedade.

Logo, a falta de critérios claros e previamente estabelecidos resulta em uma inegável e criticada insegurança jurídica. Isso significa que a excessiva falta de previsibilidade das decisões pode também ser contraproducente, levando os agentes econômicos à hesitação quantos às possibilidades dos atos de

¹⁷⁶ MACCALL, James. **Sum and substance of antitruste**. Sum and Substance, 1984, p. 225.

¹⁷⁷ NOBRE, Lionel Pimentel; STUBER, Walter Douglas. A atual atuação do CADE no Brasil. **Revista de Direito Econômico**. n. 23. [s.d.], p.1.

concentração, além de gerar desconfiança e incredulidade nas normas e nos órgãos administrativos dos quais emanam os julgamentos. É o que bem elucida Paula Forgioni quando afirma que “no Brasil, nos últimos anos, foram autorizadas operações que geraram elevado grau de concentração no mercado e, conseqüentemente, descrença da população em relação à atuação do CADE”¹⁷⁸.

Deste modo, sobre o modo de raciocínio em princípio aberto e interrogativo do economista, deve incidir também o pensamento dogmático do jurista com o seu traço mais característico, qual seja, a preocupação com a decidibilidade de conflitos jurídicos¹⁷⁹. Isso significa que a noção de mercado relevante implica, do ponto de vista teórico, a incidência do modo de pensar do jurista sobre conhecimentos científicos de natureza econômica acerca de um mercado em todas as suas dimensões (material, espacial e temporal).

Assim sendo, em que pese seja necessário admitir que a identificação do mercado relevante é construída de forma instrumental em cada caso, é essencial, também, notar que o desenvolvimento das atividades econômicas deve ser patrocinado por segurança e previsibilidade, de modo que os agentes possam estabelecer relações de forma estável. Nesses termos, a Comissão da União Europeia, ao estabelecer os procedimentos para definição do mercado relevante, resume bem a controvérsia:

A metodologia adotada pode dar origem a diferentes resultados dependendo do tipo do problema concorrencial envolvido. Portanto, é necessária uma análise estruturada, mas que também seja suficientemente flexível para poder tomar em consideração as circunstâncias individuais¹⁸⁰.

Portanto, é possível afirmar que apesar de a indeterminação do conceito de mercado relevante ser importante e imprescindível para garantir maleabilidade ao sistema, a exacerbada flexibilidade pode incorrer em discricionariedade e insegurança jurídica. Trata-se, desse modo, de um paradoxo que, a despeito de não ser recente, ainda se mostra atual. A questão da maior ou menor vinculação do

¹⁷⁸FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 429.

¹⁷⁹ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995, p. 66.

¹⁸⁰Tradução livre. No original: “However, this methodology may give rise to different results depending on the type of competition problem involved. Therefore, a structured analysis which is also flexible enough to take individual circumstances into account is necessary.

EUROPEAN UNION COMMISSION. **Definition of relevant market**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26073>>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

intérprete ao texto se faz contraditória e pertinente para a doutrina e também para a jurisprudência, como demonstram os casos práticos relativos aos atos de concentração do setor de bebidas frias julgados pelo CADE.

5.2 Análise dos casos concretos: o setor de bebidas frias

A análise das precedentes decisões do CADE se mostra pertinente para a identificação de como tem atuado a jurisprudência administrativa na conceituação e na delimitação do mercado relevante. Dessa forma, é importante verificar quais os atuais fundamentos utilizados pelo CADE em suas decisões para a definição do mercado relevante e quais as suas consequências no desenvolvimento da concorrência e do mercado.

Nesse sentido, o CADE, em todas as suas análises, objetiva a manutenção e a construção de “(...) um ambiente que permita a competição entre várias organizações, de forma a possibilitar ao consumidor o exercício de seu direito de escolha, minimizando os riscos de ações abusivas da parte do empresário (...)”¹⁸¹.

No que diz respeito ao mercado de bebidas frias, essa lógica também se mostra pertinente. Inclusive, o julgamento dos atos de concentração e a consequente definição do mercado relevante, neste âmbito, assume especial importância, dada a alta tendência de concentração econômica e dominação de mercado nesse setor. Desse modo, em um setor em que os agentes tendem a deter grandes parcelas do mercado e há uma predisposição à práticas anticoncorrenciais, a delimitação do mercado relevante influencia, de maneira profunda e direta, a decisão que leva ao deferimento ou indeferimento de um ato de concentração.

Integrado por empresas responsáveis pela fabricação e comercialização de refrigerante, água e cerveja, o setor de bebidas frias apresenta, portanto, uma peculiaridade em relação aos demais, pois, ao mesmo tempo em que contém grande variedade de agentes e produtos, apresenta uma forte disposição à

¹⁸¹KOBUS, Renata Carvalho; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Concorrência no mercado de bebidas frias: fluidez conceitual e barreiras à entrada. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 187.

formação de oligopólios, os quais tendem a aumentar sua influência sobre o mercado e diminuir o espaço dos demais concorrentes¹⁸².

Conforme dados da Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (AFREBRAS)¹⁸³, o ramo de refrigerantes apresenta características de um setor altamente concentrado. Isso porque de todo o faturamento neste âmbito, 90% é dominado por apenas duas corporações, sendo elas a Coca-Cola e a AmBev.

Além dessas empresas e da Brasil Kirin – que também possui participação significativa, em que pese atuar mais no ramo de cervejas – há ainda alguns refrigerantes locais, que perfazem um total de 180 pequenas empresas, porém possuem uma participação muito pequena no mercado, com um faturamento menor que 7%¹⁸⁴.

A partir desses dados, é possível perceber que o aumento do nível de concentração de mercado é uma tendência que vem se consolidando nos últimos anos no setor, devido a vários fatores como a uniformização dos gostos, a inibição de iniciativas de empreendedorismo, as práticas abusivas perpetradas pela iniciativa privada e também a tributação e incentivos estatais, os quais costumam privilegiar as grandes empresas atuantes no setor¹⁸⁵.

Nesse sentido, de acordo com os dados fornecidos pela AFREBRAS¹⁸⁶, na metade dos anos de 1990, as empresas regionais de refrigerantes registravam 33% de participação de mercado, sendo que em 2012, tal participação reduziu para apenas 11,1%. Essa tendência é comprovada pelo índice *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI)¹⁸⁷, o qual determina o tamanho das empresas em relação ao tamanho do mercado no setor e, assim, permite estabelecer, em números, o nível de

¹⁸²RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STARKE, Felipe. **Eficiência e concentração empresarial**: o caso do setor de bebidas frias. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva (Org.). *Direito e Economia*. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 238.

¹⁸³AFREBRAS. **O Setor**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/o-setor/>>. Acesso em 14 de julho de 2015.

¹⁸⁴AFREBRAS. **O Setor**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/o-setor/>>. Acesso em 14 de julho de 2015.

¹⁸⁵RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STARKE, Felipe. **Eficiência e concentração empresarial**: o caso do setor de bebidas frias. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva (Org.). *Direito e Economia*. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 248.

¹⁸⁶AFREBRAS. **Composição de mercado**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/refrigerante/composicao-de-mercado-refri/>>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

¹⁸⁷ O HHI é definido pela soma dos quadrados do *marketshare* das empresas do setor em determinado ano, sendo que assume valores entre 0 e 1. Quanto menor o índice, menor a concentração de mercado.

BNDES. **Cálculo HHI**. Disponível em: <www.bndes.gov.br/.../export/.../empresa/.../20100125-Calculo_HHI.xl>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

concentração ou competição em determinado mercado. Segundo o índice de HHI, a indústria de refrigerantes é considerada como altamente concentrada.

A indústria de cerveja, por sua vez, evidencia, de forma ainda mais acentuada, a disposição do setor de bebidas para a dominação de mercado. Nesse âmbito, tem-se que 99% do mercado está concentrado nas mãos de quatro grandes grupos (Ambev, Brasil Kirin, Heineken e Cervejaria Petrópolis)¹⁸⁸. O ponto percentual restante é dividido entre 250 pequenas cervejarias espalhadas pelo território brasileiro.

Além disso, cabe ressaltar que dos quatro grandes grupos citados na indústria cervejeira, 70% do mercado é dominado por apenas uma delas, fazendo com que a faixa remanescente seja intensamente disputada pelas demais empresas¹⁸⁹.

Dessa forma, diante da atual disposição e situação da indústria de bebidas frias, a qual demonstra uma forte disposição desse mercado à concentração e à prática de atos anticoncorrenciais decorrentes da existência de abuso de posição dominante, conveniente é o estudo, a partir de um panorama da jurisprudência administrativa nesse setor, dos atos de concentração submetidos à apreciação do CADE a fim de verificar, nos casos concretos, os critérios e métodos utilizados pelo Conselho na determinação do mercado relevante, já que este é o fator determinante e, por isso, primeiramente analisado em um ato de concentração.

No Ato de Concentração nº 08012.011040/2007-34¹⁹⁰, em que são requerentes a NRN e a empresa Real, houve a aprovação da aquisição da integralidade das quotas do capital social da segunda sociedade empresária pela primeira. Para tanto, foi analisado, em primeiro momento, o mercado relevante, sendo que a análise se baseou no mercado geográfico e no mercado material. No que diz respeito ao mercado material, determinou-se que seria tomado como referência o mercado de refrigerante, tendo em vista que dos produtos ofertados por ambas as empresas – adquirente e adquirida – haveria coincidência apenas com relação ao refrigerante. Já no que diz respeito ao mercado geográfico, apurou-se o

¹⁸⁸ AFREBRAS. **O setor**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/o-setor/>>. Acesso em 14 de julho de 2015.

¹⁸⁹ AFREBRAS. **Composição de mercado**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/cerveja/composicao-de-mercado-cerveja/>>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

¹⁹⁰ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.011040/2007-34**, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 04 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

raio de atuação médio dos produtores de refrigerantes carbonatados, e definiu-se que abrangeria os estados do Rio Grande do Norte, Paraíba e Pernambuco.

Nesse caso, segundo os pareceres fornecidos pela SEAE e SDE, dada a pequena participação da Real no mercado, não haveria possibilidade de afetação da concorrência pela referida aquisição, ou seja, não haveria nexos causal entre a operação e a possibilidade de exercício de poder de mercado e, portanto, caberia a aprovação do ato sem qualquer tipo de restrição.

É possível perceber, nessa conjuntura, que os produtos e regiões potencialmente atingíveis pela operação foram verificados a partir das peculiaridades da situação fática. Desse modo, o mercado relevante foi restringido a determinado produto e região em que os impactos da operação seriam sentidos. É o que ocorreu no Ato de Concentração nº 08012.000770/2007-18¹⁹¹, em que se determinou o mercado relevante como sendo o de água mineral comercializada nos estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná e no Ato de Concentração nº 08012.008824/2007-85¹⁹², em que se limitou o mercado à região nordeste. Ainda, nesse mesmo sentido, se colocam os Atos de Concentração nº 08012.003144/2001-80¹⁹³, Ato de Concentração nº 08012.000768/2007-31¹⁹⁴.

De forma similar, no Ato de Concentração nº 08012.003302/2007-97¹⁹⁵, envolvendo a AmBev e a Cervejaria Cintra, decidiu-se pela limitação do mercado relevante à região sudeste do país. Ocorre que, nesse caso, a delimitação do mercado relevante levou a controvérsias quanto à aprovação da operação pretendida. Isso porque, conforme se denota dos pareceres, a existência ou não de

¹⁹¹ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.000770/2007-18**, Relator Conselheiro Paulo Furquim Azevedo. Julgado em 25 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

¹⁹² CADE. **Ato de Concentração nº 08012.008824/2007-85**, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

¹⁹³ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.003144/2001-80**. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 23 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

¹⁹⁴ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.000768/2007-31**. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 25 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

¹⁹⁵ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.003302/2007-97**. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 25 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

posição dominante poderia variar de acordo com o mercado relevante considerado (região sudeste ou nacional).

Por sua vez, no Ato de Concentração de nº 08012.002172/2002-61¹⁹⁶, em que são partes a Heineken e a Kaiser, decidiu-se que o mercado relevante seria o mercado de cervejas tomado como um todo, bem como houve uma delimitação da dimensão geográfica possivelmente atingida. A peculiaridade, no presente caso, diz respeito ao fato de que, por se tratar de uma operação de grande escala, haveria reflexos em todo o território nacional, porém a análise se deu de forma fragmentada de acordo com os estados envolvidos. Isso significa que não se analisou o Brasil como um todo, mas fez-se uma divisão em cinco mercados relevantes diferentes e, a partir disto, foi possível o estudo sobre a participação de cada uma das requerentes – e dos demais concorrentes – em cada um dos mercados, concluindo, ao final, pela aprovação do Ato. De maneira análoga, a divisão regional também foi utilizada para a análise do Ato de Concentração nº 08012.002001/2002-31¹⁹⁷.

Já no Ato de Concentração sob nº 08012.002171/2004-22¹⁹⁸, que versa sobre a fusão entre a Companhia de Bebidas das Américas (AmBev) e Interbrew N. V. S.A. (INTERBREW), tomou-se em consideração outros fatores para a definição do mercado relevante. No presente caso, como nos demais, determinou-se que o mercado ficaria restrito ao comércio de cervejas, tendo em vista que haveria concentração horizontal no mercado desse produto. Porém, além disso, fez-se necessário estabelecer o ponto de venda das cervejas – pois cervejas vendidas em pontos de venda a frio diferem de cervejas vendidas em pontos a quente –, bem como estabelecer as embalagens em que o produto seria comercializado – já que as cervejas vendidas em embalagens descartáveis são distintas das cervejas vendidas em embalagens retornáveis.

¹⁹⁶CADE. **Ato de Concentração nº08012.002172/2002-61**. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 05 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

¹⁹⁷CADE. **Ato de Concentração nº08012.002001/2002-31**. Relator Conselheiro Miguel TebarBarrionuevo. Julgado em 11 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

¹⁹⁸ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.002172/2004-22**. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

No parecer da SAE sobre o caso, ainda, é possível encontrar o questionamento acerca da possibilidade de substituição da cerveja por outras bebidas alcoólicas e não-alcoólicas, ou seja, se cogita uma eventual ampliação do mercado relevante para além do setor de cervejas. Por outro lado, o fator geográfico, no caso em questão, deixou de ser analisado, tendo em vista a inutilidade do estudo segmentado das regiões. Desse modo, ao final, entendendo não haver alteração significativa do mercado pela operação pretendida, o CADE decidiu pela aprovação do ato sem qualquer tipo de restrição.

Utilizando-se dos mesmos critérios, a análise do Ato de Concentração Ato de Concentração nº 08012.004120/2002-29¹⁹⁹, envolvendo a South African Breweries e a Miller Breweries Company, resultou em aprovação sem restrições pelo CADE.

Tais exemplos evidenciam a noção de que a inclusão de determinado produto ou de determinada região na análise do mercado relevante é feita em cada caso concreto submetido à apreciação das autoridades administrativas. Isso é especialmente válido para o setor de bebidas frias, já que há alta frequência de operações de concentração nesse setor e

(...) a decisão final sobre a legalidade ou ilegalidade da operação será fortemente dependente da apreciação da extensão do mercado no sentido de englobar ou não, de forma unitária, os produtos ofertados pelas empresas envolvidas²⁰⁰.

De modo diverso, no Ato de Concentração sob nº 08012.000640/2001-81²⁰¹, decidiu-se que não haveria qualquer tipo de ameaça à concorrência, tendo em vista que os produtos ofertados pelas partes são diferentes e, assim, a aquisição não traria qualquer alteração na estrutura do mercado. Assim, o Ato de Concentração foi aprovado sob o argumento de que enquanto uma das partes comercializa concentrados para refrigerantes, a outra produz os refrigerantes propriamente ditos,

¹⁹⁹ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.004120/2002-29**. Relator Fernando de Oliveira Marques. Julgado em 25 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

²⁰⁰KOBUS, Renata Carvalho; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Concorrência no mercado de bebidas frias: fluidez conceitual e barreiras à entrada. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 190.

²⁰¹ CADE. **Ato de Concentração nº 08012.000640/2001-81**. Relator Mércio Felsky. Julgado em 05 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

não havendo, portanto, potenciais riscos ao mercado. Com o mesmo fundamento, decidiu-se no Ato de Concentração nº 08012.000970/2001-77²⁰².

Por outro lado, no Ato de Concentração de nº 83/96²⁰³, que já havia sido previamente submetido à análise do CADE, porém havia sido indeferido, opinou-se, mais uma vez, pela denegação da operação pretendida por Cia. Antarctica Paulista e Anheuser – Bush International Inc. Alegaram as requerentes que a decisão deveria ser reapreciada, pois foram realizadas uma série de inovações, as quais provocariam eficiências capazes de compensar a restrição da concorrência. No caso, decidiu-se pela manutenção do mercado relevante como o de cervejas em geral, entretanto, a partir da análise das peculiaridades do caso, concluiu-se que a concentração em questão não atendia o melhor interesse dos consumidores por ela atingidos e poderia eliminar a concorrência no referido mercado. Dessa forma, a aprovação do Ato ficou condicionada à aceitação e ao cumprimento de determinadas condições impostas pelo CADE.

Da seleção de decisões proferidas pelo CADE, das peculiaridades e das diversas formatações do mercado de bebidas frias, é possível perceber a preocupação com as operações de concentração. Isso porque, quando foi realizada a busca por acórdãos e pareceres envolvendo o mercado de bebidas frias no sítio eletrônico do CADE, foi possível encontrar uma grande quantidade e variedade de Atos de Concentração. Essa multiplicidade de decisões evidencia a relevância da atuação estatal no controle de operações que possam resultar em abuso de poder econômico e na eliminação da concorrência.

Assim, dos vários casos encontrados e estudados é cabível afirmar que, de fato, a definição do mercado relevante é fator determinante para o deferimento ou indeferimento das operações, já que, em todos os casos, foi feita uma análise dos produtos comercializados e dos efeitos que as concentrações poderiam causar no respectivo mercado.

Entretanto, é possível notar que se, por um lado, há uma inegável importância do conceito de mercado relevante e todos os pareceres levam em conta a sua

²⁰² CADE. **Ato de Concentração nº 08012.000970/2001-77**. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 20 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

²⁰³ CADE. **Ato de Concentração nº 83/96**. Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Julgado em 23 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

delimitação, por outro, é notável a dificuldade e a grande complexidade na sua definição, tendo em vista que cada caso concreto apresenta uma gama de peculiaridades e de fatores que exigem um exame diferenciado para fins de aprovação ou não do respectivo Ato de Concentração.

Desse modo, o estudo dos casos de concentração do setor de bebidas frias permite dizer que a deliberação acerca da legalidade ou ilegalidade de um ato de concentração está diretamente relacionada com a extensão do mercado relevante que se considera em cada caso. Isso significa que o mercado relevante interfere de modo direto no deferimento dos atos de concentração, atuando como conceito flexível que opera como válvula de escape no controle das operações, já que a consideração de uma ou outra variante pode ser determinante para a decisão final. Em outras palavras, pode-se dizer que a determinação de um ou outro mercado relevante, seja no que concerne aos produtos, seja na região considerada, ou nos demais fatores que podem ser significativos, pode alterar a decisão do CADE pela aprovação ou desaprovação da operação.

Diante da comprovada fluidez e maleabilidade do conceito frente a cada caso concreto, questiona-se sobre a falta de especificação dos métodos utilizados para a definição do mercado relevante, que, conseqüentemente, conduz à forte influência da subjetividade do julgador e possibilita que casos semelhantes obtenham decisões completamente distintas. A partir disso, parece patente a necessidade de uma busca por novos parâmetros e métodos, a fim de formatar de um sistema mais seguro e eficaz, consoante os preceitos estabelecidos na Constituição brasileira.

5.3 A busca por soluções: novas metodologias para determinação do mercado relevante

Tendo em vista a comprovação do caráter flexível do mercado relevante e diante da possibilidade que tal elasticidade tem de alterar as decisões emanadas pelas autoridades administrativas, tornando as decisões incertas e suscitando divergências entre as autoridades administrativas e os representantes das empresas requerentes, passou-se a procurar novos critérios para a definição do mercado relevante.

Assim, busca-se a aplicação de um método que permita verificar os prejuízos e os ganhos obtidos com a operação de concentração e, ao mesmo tempo, aplicar a

legislação antitruste de forma previsível e segura, de modo que o ordenamento jurídico possa indicar, ao menos, sinalizações dos limites do mercado relevante em análise.

Nesse sentido, novas metodologias surgiram com o fim de ajudar a estabelecer uma abrangência adequada para a delimitação do mercado relevante. Tais procedimentos se distanciam do quadro tradicional de análise, já que utilizam diferentes provas e técnicas com o objetivo de proporcionar praticidade e confiabilidade à avaliação dos atos de concentração.

Uma dessas ferramentas, proposta como auxiliar na implementação do Teste do Monopolista Hipotético, é chamada de análise da perda crítica²⁰⁴. A ideia principal deste método está fundamentada na noção de que nenhuma empresa eleva o preço de seu produto quando este leva a uma queda do seu lucro. Isso porque é preciso considerar que um eventual aumento de preço, eleva a receita já que as vendas são efetuadas com preços mais altos, porém, por outro lado, também leva à diminuição da renda, tendo em vista que a quantidade de produtos vendidos acaba sendo reduzida. Trata-se, portanto, de saber se vender uma quantidade inferior de produtos a um preço superior é mais benéfico para o agente do que vender uma quantidade maior a um preço inferior.

Para determinar se existe tal rentabilidade, as autoridades administrativas dispõem de fórmulas matemáticas, as quais permitem verificar as chamadas perdas críticas e as perdas previstas e, através da comparação entre os dois resultados, chegar a uma conclusão²⁰⁵, de forma mais precisa, a respeito da operação de concentração pretendida e seus efeitos no mercado. Assim, através desta perspectiva, seria possível determinar a aprovação ou desaprovação de um ato de concentração através de cálculos aritméticos.

Parece evidente, entretanto, que a solução não é tão simples assim. Isso porque existem dificuldades teóricas e práticas que limitam a utilização desta metodologia, que aparenta ser, num primeiro momento, de fácil aplicação. Em primeiro lugar, a solidificação dos fenômenos econômicos pode ser, como já se viu, contraproducente na defesa da concorrência, podendo culminar, muitas vezes, em

²⁰⁴Em inglês, "*critical loss analysis*".

²⁰⁵GEOFFROY, Ricardo Corrêa. **O novo horizontal Merger Guidelines e os desenvolvimentos recentes nas metodologias de delimitação do mercado relevante**. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/...de.../3-lugar-tema-1>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

resultados opostos aos pretendidos. Além do mais, a dificuldade em assumir um modelo teórico de competição que seja completamente ou mesmo suficientemente adequado ao comportamento da indústria e do mercado e a falta de disponibilidade de dados qualificados e confiáveis também atuam como empecilhos para a aplicação desta metodologia.

Desse modo, diferentemente do que se poderia pensar, esse método não é totalmente preciso e isento de subjetividades, já que sua aplicação, como decorrência da definição do mercado relevante, depende da forma de aplicação e dos critérios utilizados, sendo que, por exemplo, o conceito de maximização de lucros, os instrumentos disponíveis para o cálculo da renda e a forma como é considerado o aumento de preço atuam como variáveis nesta metodologia.

Porém, em que pese ser objeto de críticas e questionamento, a análise da perda crítica tem sido adotada em alguns casos e já foi incorporada ao Guia de Concentração Horizontal norte-americano (*Horizontal Merger Guidelines*)²⁰⁶ e, por adotar um caráter mais objetivo, pode ser instrumento útil na busca por parâmetros mais precisos e previsíveis quando da análise das autoridades administrativas brasileiras.

Nesse sentido, objetivando decisões mais seguras e expectáveis, chega-se, inclusive, a cogitar sobre a hipótese de desconsideração do mercado relevante como ponto principal da análise dos atos de concentração. A partir dessa noção, a definição do mercado relevante deixa de ser o primeiro passo e não é mais considerada como um pré-requisito, pois passa a ser tomada como uma ferramenta complementar a disposição das autoridades²⁰⁷. Assim, sob esse ponto de vista, tende-se “(...) a admitir a desnecessidade de fixação rígida das fronteiras dos mercados relevante (...)”²⁰⁸. Desse modo, sempre que os contornos do mercado relevante em estudo não forem claros, deve-se optar pela avaliação direta dos efeitos sobre a concorrência. Em outras palavras, pode-se dizer que a análise dos atos de concentração será baseada em provas e fontes que evidenciam e

²⁰⁶U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

²⁰⁷GEOFFROY, Ricardo Corrêa. **O novo horizontal Merger Guidelines e os desenvolvimentos recentes nas metodologias de delimitação do mercado relevante**. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/...de.../3-lugar-tema-1>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

²⁰⁸FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 235.

comprovem a existência de efeitos e repercussões anticoncorrenciais no mercado²⁰⁹.

Isso não significa, entretanto, que o conceito de mercado relevante seja sempre dispensado na análise dos atos de concentração ou que não tenha qualquer utilidade. A definição do mercado relevante, em que pese não seja tomada como a primeira e principal etapa das decisões, pode ser utilizada como um instrumento importante para avaliar se a concentração é cabível, sendo considerada útil, na medida em que atua de forma subsidiária e complementar aos efeitos concorrenciais estudados.

A partir dessa noção, portanto, seria possível prever, de forma mais direta, os efeitos competitivos de uma operação de concentração, já que a definição do mercado relevante não é tomada como necessária e primordial, o que, conseqüentemente, reduz o papel das interferências decorrentes dela.

É importante ressaltar, entretanto, que mesmo a ausência de delimitação do mercado relevante ou mesmo a sua subordinação a outros fatores não torna a questão pacífica, já que os efeitos podem ser interpretados de diferentes formas e podem levar a conclusões divergentes no que diz respeito à legalidade ou ilegalidade da operação pretendida. Ademais, a inexistência de um mercado relevante delimitado pode produzir os efeitos contrários aos pretendido, abrindo margens a uma decisão ainda mais discricionária, já que deixa de ser utilizado um critério amplamente empregado pelas autoridades administrativas e conhecido pelos agentes econômicos.

Ainda, na busca por mais racionalidade e segurança nas decisões proferidas pelo CADE, é possível propor um sistema de análises baseado em precedentes, ou seja, num método que delimite o mercado relevante com base nas decisões previamente proferidas pelo próprio Conselho. Desse modo, empresas produtoras de bens homogêneos, que enfrentam os mesmos custos e mesmos padrões de demanda, podem ser julgadas a partir dos mesmos parâmetros ou de critérios semelhantes, a depender do caso concreto.

Nesse sentido, tem-se que “(...) qualquer centro decisório, ainda que não pertencente ao Judiciário, deve preocupar-se com a uniformidade de suas

²⁰⁹U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

decisões”²¹⁰, inclusive porque “(...) aquele que provoca (...) qualquer (...) centro de decisão em condições similares às do caso já decidido possui a legítima expectativa de não ser surpreendido por uma nova decisão”²¹¹.

No âmbito do CADE,

(...) há uma característica essencial que favorece os Conselheiros recorrer aos precedentes uma vez que prevalece no direito antitruste uma necessidade premente de definir as situações de fato. Tal fato supostamente reforça a ideia da produção de segurança jurídica a partir de certo grau de formalização e padronização das repostas aos agentes econômicos²¹².

Em outras palavras, pode-se dizer que o direito antitruste combina a existência de plurissignificação do texto da lei e a necessidade de definição da situação de fatos e da valorização casuística, o que abre um espaço oportuno para as autoridades recorrerem à utilização de precedentes conjuntamente com as demais metodologias, a fim de reforçar e possibilitar maior clareza nas decisões do CADE.

Isso, porém, não significa que os julgamentos dos atos de concentração devem se dar de maneira automática. É assim porque, em primeiro lugar, nem toda decisão pode ser considerada como precedente, já que precisa estar dotada de determinadas características que lhe permitam servir de paradigma para outras decisões. Ademais, os precedentes não possuem a pretensão de serem eternos, já que os casos apresentados frequentemente se diferenciam entre si, apresentando novas problematizações e requerendo ajustes de posicionamento.

Assim, utilizar-se dos precedentes como forma de delimitação do mercado relevante significa admitir um critério normativo para avaliação e decisão em razão de semelhanças materiais e fáticas, com fundamento em determinada solução pretérita. Dessa maneira, cria-se, ao mesmo tempo, um critério para interpretação das autoridades administrativas e um parâmetro para que os limites do mercado relevante sejam minimamente apreendidos e deduzidos pelos agentes econômicos.

Deste modo, a análise dos atos de concentração baseada em precedentes pode ser um mecanismo vantajoso na definição do mercado relevante, garantindo

²¹⁰BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 10.

²¹¹Ibidem, p. 10.

²¹²Ibidem, p. 19.

maior segurança aos atos de concentração, a fim de que as pessoas possam ter “(...) antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo as quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações”²¹³.

É evidente, entretanto, que os precedentes não substituem a análise tópica. A técnica casuística utilizada para analisar e qualificar os fatos é inerente ao direito antitruste, já que as decisões frequentemente resultam de critérios que não estão expressa ou diretamente presentes na legislação. Não obstante, tal aspecto pode ser combinado, nas situações cabíveis, com a orientação dos precedentes, os quais servem como um facilitador, auxiliando e reforçando as metodologias tradicionais, com o fim de orientar uma atuação mais precisa das autoridades administrativas.

Além destas, existem, ainda, outras metodologias para a delimitação do mercado relevante que se posicionam no sentido de uma busca por decisões mais seguras e previsíveis. Parece evidente, entretanto, que nenhum procedimento é isento de questionamentos e resolve, de maneira automática, o embate entre a elasticidade, intrínseca e necessária ao mercado relevante, e a segurança jurídica essencial para a atuação dos agentes econômicos e para a sistematização das decisões proferidas.

De todo modo, é necessário estudar e levar em consideração estes métodos, tendo em vista que eles podem atuar como auxiliares na construção do mercado relevante, a fim de que este seja melhor definido e, conseqüentemente, mais previsível para os agentes econômicos e transparente para a sociedade como um todo, sinalizando, dessa forma, uma decisão não discricionária e vinculada à manutenção e ao desenvolvimento do mercado em que se insere.

²¹³MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 18.

6. CONCLUSÃO

O bom funcionamento e o correto desenvolvimento do mercado se colocam como finalidade última do atual sistema econômico brasileiro. Resultado de uma evolução legislativa, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se fundamenta, basicamente, nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, visando estabelecer condições de liberdade e equilíbrio para os agentes, a fim de que esses possam exercer suas atividades. O controle dos atos de concentração pelo CADE se coloca como um dos mais importantes instrumentos nesse sentido.

Sob essa perspectiva, o estudo do mercado relevante assume especial pertinência, já que atua como pressuposto das análises concentracionistas realizadas pelas autoridades administrativas brasileiras. Ao mesmo tempo, o estudo do setor de bebidas frias mostra-se conveniente, pois evidencia um mercado tendente à dominação e particularmente abundante no tocante ao número de atos de concentração submetidos à apreciação do CADE.

Dessa forma, a partir da atual perspectiva do mercado de bebidas frias no Brasil, é cabível dizer que a análise da jurisprudência administrativa no setor comprova a tese delineada na doutrina de que o mercado relevante, de fato, atua como válvula de escape no direito concorrencial, variando de acordo com o caso concreto e a política econômica vigente, influenciando, assim, de forma direta as análises das autoridades administrativas.

Para fins de delimitação dos contornos de um mercado relevante, tanto a doutrina como a jurisprudência apontam os mercados material, geográfico e temporal como fundamentais, sob o fundamento de que toda análise depreende, no mínimo, o estabelecimento de um lapso temporal, dos agentes envolvidos e do local em que se realizam as transações comerciais.

Ademais, o estabelecimento desses mercados é feito, no Brasil, através da adoção do Teste do Monopolista Hipotético, o qual procura delimitar tais espaços através do estudo do comportamento do agente detentor do poder de mercado, sem que, com isso, deixe de levar em consideração dados provenientes.

Entretanto, ainda que o CADE tenha delineado suas principais técnicas, o estudo da jurisprudência demonstra uma evidente incerteza a respeito das decisões proferidas, dada a grande quantidade de dados e procedimentos disponíveis, que

resultam em uma notável dificuldade de fixação de parâmetros e na variabilidade dos resultados.

Desse modo, para que se possa cogitar de uma maior segurança na delimitação do mercado relevante, parece necessário ponderar a respeito de novas metodologias capazes de engendrar maior segurança às transações negociais realizadas pelas empresas. Isso porque um mercado em que os critérios de decisão são mais previsíveis é mais eficiente, pois os agentes podem, na medida do possível, antecipar os julgamentos e, assim, evitar desperdícios de tempo, refrear prejuízos financeiros decorrentes de eventuais negociações improdutivas, além de conformar sua conduta à política econômica apropriada.

Assim, a partir do recorte jurisprudencial estudado, é possível concluir que é preciso que novos critérios sejam considerados na delimitação do mercado relevante. Para tal propósito, várias ferramentas se colocam a disposição das autoridades administrativas, dentre as quais podem ser mencionadas a análise da perda crítica, o reposicionamento da importância atribuída ao mercado relevante dentro das análises dos atos de concentração, além do uso da jurisprudência administrativa do CADE para formação de precedentes.

Todavia, é possível perceber que, ao mesmo tempo em que as metodologias apresentam conveniências na busca de decisões mais estáveis e transparentes, também são dotadas de limitações e suscetíveis a críticas. Assim, nenhuma técnica, por si só, soluciona de modo absoluto o imbróglio.

Isso demonstra que o embate entre flexibilidade e estabilidade nas decisões referentes ao mercado relevante e nos atos de concentração ainda permanece válido. Necessário, portanto, ponderar dois extremos aparentemente inconciliáveis: a flexibilidade inerente ao conceito de mercado relevante e a segurança jurídica necessária para um sistema econômico confiável.

Nota-se, assim, que a solução para a controvérsia da flexibilidade e da segurança jurídica não está na mera substituição de metodologias. O que se busca, na verdade, é a possibilidade de que sejam compatibilizados outros parâmetros e critérios com os usualmente utilizados pela autoridades administrativas.

À vista disso, o desafio se coloca no sentido de encontrar um equilíbrio nessa conjuntura paradoxal. Portanto, ao que parece, a solução se encontra na tentativa de conciliação dos métodos tradicionalmente adotados pelo CADE com outras e novas metodologias capazes de atuar como auxiliares na complexa tarefa de

delimitação do mercado relevante, a fim de oferecer maior credibilidade às decisões do Conselho e assegurar o desenvolvimento do sistema econômico nos moldes dos preceitos elencados na Constituição.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, 2008.

AFREBRAS. **Composição de mercado**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/cerveja/composicao-de-mercado-cerveja/>>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

_____. **Composição de Mercado**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/refrigerante/composicao-de-mercado-refri/>>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

_____. **O Setor**. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/o-setor/>>. Acesso em 14 de julho de 2015.

AMARAL, Marcelo Quevedo do. **Análise da evolução do sistema brasileiro de defesa da concorrência à luz da experiência internacional**. Porto Alegre, [s.d.].

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, nº 1, 1999.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação**. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BNDES. **Cálculo HHI**. Disponível em: <www.bndes.gov.br/.../export/.../empresa/.../20100125-Calculo_HHI.xl>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G.F. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1934.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1946.

_____. Constituição (1967/1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1967/1969.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945**. Rio de Janeiro, RJ: 1945.

_____. **Lei 4.137, de 23 de novembro de 1962**. Brasília, DF: 1962.

_____. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Brasília, DF: 1994.

_____. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF: 2011.

_____. Ministério da Justiça. **Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>>. Acesso em: 07 de julho de 2015.

_____. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

_____. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2015.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Portaria nº 70, de 12 de dezembro de 2002**. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/legislacao/portarias/Portaria70_2002.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2015.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

CADE. **Ato de Concentração nº 08012.000640/2001-81**. Relator Mércio Felsky. Julgado em 05 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.000768/2007-31**. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorne Prado. Julgado em 25 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.000770/2007-18**, Relator Conselheiro Paulo Furquim Azevedo. Julgado em 25 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.000970/2001-77**. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 20 de junho de 2001. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.002001/2002-31**. Relator Conselheiro Miguel TebarBarrionuevo. Julgado em 11 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.002172/2002-61**. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 05 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.002172/2004-22**. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.003144/2001-80**. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 23 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.003302/2007-97**. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 25 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.004120/2002-29**. Relator Fernando de Oliveira Marques. Julgado em 25 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.008824/2007-85**, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.011040/2007-34**, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 04 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Ato de Concentração nº 83/96**. Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Julgado em 23 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

_____. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3 ed. Revista ampliada e bilíngue. São Paulo, CIEE, 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinícius Marques de. **A nova etapa no CADE**. Disponível em: <<http://www.aarffsa.com.br/noticias5/18061209.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

CARONE, Edgard. **A segunda república (1930-1937)**. São Paulo: Difel, 1985.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; VERENHITACH, Gabriela Daou. **Manual de direito da concorrência**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito antitruste brasileiro: comentários a Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMUNICAÇÃO da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999**. Disponível em: <<<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2015.

_____. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9d9061a878ad42c154e172c599bf>>. Acesso em: 06 de abril de 2015.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, EgonBockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004.

DENNIS, Kenneth G. "Competition" in the history of economic thought. New York: Arno Press, 1977. (Dissertations in European Economic history), p. 25. Tradução livre.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate aos carteis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EUROPEAN UNION COMMISSION. **Definition of relevant market**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26073>>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Congelamento de preços: tabelamentos oficiais**, 2011. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26>>. Acesso em 15 de abril de 2015.

_____. **Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/132>>. Acesso em: 01 de abril de 2015.

- FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FREIRE, Marusa Vasconcellos. A atuação do MPF junto ao CADE. **Revista de Direito econômico**, Brasília, n. 24, 1996.
- GEOFFROY, Ricardo Corrêa. **O novo horizontal Merger Guidelines e os desenvolvimentos recentes nas metodologias de delimitação do mercado relevante**. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/...de.../3-lugar-tema-1>. Acesso em: 28 de julho de 2015.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1987.
- KOBUS, Renata Carvalho; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Concorrência no mercado de bebidas frias: fluidez conceitual e barreiras à entrada. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013.
- LIMA, Vânia Maria de Paula. **Elementos de direito da concorrência: definição de mercado relevante e concentração econômica**. Disponível em: <www.faminas.edu.br/download/baixar/408>. Acesso em: 10 de julho de 2015.
- MACCALL, James. **Sum and substance of antitrust**. Sum and Substance, 1984.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACHLUP, Fritz. **The political economy of monopoly: business, labor and government policies**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1. Bahia: fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em 15 de abril de 2015.
- _____. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. [s.d.].
- NESTER, Alexandre Wagner. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, nº 64, junho de 2012. Disponível em:

<<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=64&artigo=668&l=pt#>>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

NOBRE, Lionel Pimentel; STUBER, Walter Douglas. A atual atuação do CADE no Brasil. **Revista de Direito Econômico**. n. 23. [s.d.].

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

PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico**. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001.

PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. 24 ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

PROCADE. **Parecer nº 05/2004** (Medida Cautelar nº 08700.000501/2004-42). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/668_ParecerProCADE.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2015.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STARKE, Felipe. **Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias**. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva (Org.). **Direito e Economia**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; SCHUARTZ, Luis Fernando. **Mercado relevante e defesa da concorrência**. **Revista de direito econômico**. Brasília, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Editora Malheiros, 2013.

SANTOS, Samuel Fernando Hübler dos. **Análise do mercado relevante dos cartões de pagamento**. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 1, maio/2013.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Ed. RT, 1966.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMONSEN, Roberto C. **História econômica do Brasil**. 3 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. **A Lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional**. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**. [s.d.].

TAVARES, André Ramos. **A intervenção do estado no domínio econômico**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**. Disponível em:

<<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

U.S SUPREME COURT. **United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/>>. Acesso em: 01 de julho de 2015.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.