

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FILIPPE STARKE**

**O DIREITO CONCORRENCIAL E O MERCADO GLOBALIZADO:**

**Um estudo a partir do exemplo das joint ventures.**

**Curitiba**

**2009**

**FILIPPE STARKE**

**O DIREITO CONCORRENCIAL E O MERCADO GLOBALIZADO:  
Um estudo a partir do exemplo das joint ventures.**

**Monografia apresentada ao Curso de  
Direito do Centro de Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal do Paraná –  
UFPR, como requisito parcial à obtenção  
do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer**

**Curitiba  
2009**

Dedico este trabalho aos meus pais, por toda paciência, compreensão e apoio incondicional, imprescindíveis para todos os passos que dei em minha vida.

Aos amigos “de infância” que conheci durante esses cinco anos e que fizeram tudo ser mais fácil.

Aos funcionários e professores da UFPR que contribuíram com minha formação.

Meus sinceros agradecimentos.

## Sumário

Resumo .....	i
Introdução .....	2
1. O mercado .....	4
1.1. Conceito de mercado .....	4
1.2. Breve relato histórico do conceito de mercado .....	5
1.3. Mercado e Direito Concorrencial .....	8
2. O Direito Concorrencial .....	10
2.1. As Principais correntes e os interesses protegidos .....	11
2.2. A legislação concorrencial no Brasil .....	14
2.3. Os novos problemas de Direito Concorrencial .....	21
2.4. As válvulas de escape .....	25
2.4.1. A regra da razão .....	26
2.4.2. A flexibilização do conceito de mercado relevante .....	28
2.4.2.1. O mercado relevante geográfico .....	29
2.4.2.2. O mercado relevante material .....	30
2.4.2.3. O mercado relevante temporal .....	31
2.4.2.4. Conclusão sobre o mercado relevante .....	31
2.4.3. Os interesses protegidos .....	32
2.5. As diversas formas de dominação de mercado .....	33
2.5.1. Monopólios .....	33
2.5.2. Oligopólios .....	35
2.5.3. Cartéis .....	35
2.6. As práticas predatórias .....	40
2.6.1. Predação .....	40
2.6.1.1. Preços predatórios .....	41
2.6.1.2. Predação tecnológica .....	42
2.6.2. Boicote .....	43
2.6.3. Difamação .....	44
2.6.4. Vendas casadas .....	44
2.6.5. Dumping .....	45
3. As Joint Ventures .....	47
3.1. O conceito de Joint Venture .....	47
3.2. As joint ventures prejudiciais ao mercado .....	51
4. Conclusão .....	56
Referência Bibliográfica .....	57

## Resumo

O direito concorrencial, assim como o direito empresarial, está em constante mutação. O fenômeno da globalização e o modo de produção capitalista trouxeram um novo panorama para o estudo dessas disciplinas.

A concorrência não pode mais ser vista a partir da perspectiva dos mercados internos, em que a competição é regional. Atualmente, as grandes economias de escala, como Japão, União Europeia e Estados Unidos da América, forçam o resto do mundo a adotar estratégias econômicas mais ousadas, alterando a visão conservadora que se tinha no direito tradicional.

Acompanhando essas mudanças, a prática empresarial traz novos institutos, tais como as joint ventures, que são tema foco desse estudo. Elas precisam ser analisadas de maneira crítica, verificando-se se tratam de instrumentos benéficos para a competição ou se são utilizadas de modo predatório.

O presente estudo analisa, primeiramente, o mercado e seu conceito político. Em seguida trata do tema da concorrência e das suas principais teorias. Depois, cuida-se do conceito e das características inerentes às joint ventures. Por fim, é feita análise crítica das joint ventures sob a perspectiva do direito concorrencial.

## Introdução

No presente estudo pretende-se fazer uma análise de um dos temas mais novos do direito, mas que ainda foi pouco tratado pela literatura jurídica. Trata-se do estudo das joint ventures sob a perspectiva do direito concorrencial relacionado às novas situações trazidas pela globalização e pela maior facilidade de internacionalização de empresas e sociedades privadas.

A necessidade de estudo desse tema vem da presente conjuntura econômica mundial, em que os principais ramos da economia estão sendo dominados por grupos empresariais cada vez mais fortes, podendo ter mais capital do que alguns Estados soberanos. É preciso, assim, uma releitura dos institutos do direito concorrencial, que antigamente eram vistos apenas numa situação de mercados internos, em que não havia que se preocupar com a concorrência internacional. Com o novo panorama mundial, o direito antitruste rompe as fronteiras geográficas e precisa de novos conceitos e mecanismos de combate.

As grandes empresas que buscam a dominação do mercado através de práticas desleais e anti-concorrenciais têm mecanismos cada vez mais sofisticados. Um deles, como será visto em seguida, é a joint venture, que é um contrato construído pela prática empresarial e que pode ser muito versátil, podendo muitas vezes atender a interesses ilícitos e indesejáveis pela sociedade.

No primeiro capítulo, faremos um breve apanhado sobre os conceitos de mercado e sua implicação no estudo do direito concorrencial. Buscaremos demonstrar, ainda que de forma breve, como evoluiu a visão do homem sobre o mercado e qual a sua implicação para o direito (mais especificamente para o direito antitruste). Finalizaremos o primeiro capítulo relacionando os temas mercado e direito concorrencial.

Em seguida, pretende-se construir um estudo teórico sobre as principais características do novo direito concorrencial, trazendo à tona aspectos relevantes para um estudo paralelo com a concentração de empresas. Pretende-se demonstrar em que situações há necessidade de concentração de empresas e em quais delas pode haver malefícios ao mercado e, conseqüentemente, ao consumidor.

No capítulo 3, após analisarmos os principais conceitos do direito concorrencial e explicarmos do que se trata uma joint venture, faremos a devida

relação entre os dois conceitos, analisando em que casos elas podem ser considerados prejudiciais à concorrência e, em contrapartida, quando devem ser vistas como um mecanismo benéfico, e não prejudicial, ao consumidor e à economia.

Estudar as joint ventures relacionando-as com o direito concorrencial é uma forma de analisar o antitruste sob as perspectiva dos grandes grupos empresariais. As joint ventures não têm uma forma fechada ou pré-determinada, podem se apresentar de diversas maneiras, “englobando todas as formas de associações de empresas com objetivo de realização de atividade econômica independente e com escopo de lucro” <sup>1</sup>. Podem assumir as mais diversas formas societárias, apresentando-se como sociedade comercial, consórcio ou algum outro tipo de manifestação societária.

---

<sup>1</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores:São Paulo. 2002. P. 333.

## 1. O mercado

### 1.1. Conceito de mercado

A disciplina de direito concorrencial, um dos principais objetos de análise deste estudo, está estritamente ligada ao conceito de mercado (ou mercados, como preferem alguns autores). Muitos manuais que tratam de matérias relacionadas ao tema utilizam da palavra mercado como se seu significado já estivesse pressuposto ou pré-estabelecido<sup>2</sup>. No estudo das questões relativas ao antitruste e ao direito concorrencial, este posicionamento traz conseqüências sérias, pois há maneiras distintas de se entender o fenômeno das relações mercantis.

Não se pretende aqui, trazer um conceito único ou “fechado” de mercado<sup>3</sup>, nem mesmo exauri-lo. O escopo deste capítulo inicial é trazer um posicionamento ideológico para que se possa seguir ao estudo do direito concorrencial sob a perspectiva de um Estado atuante nas relações econômicas.

Segundo o jurista italiano Natalino Irti, a palavra mercado não é neutra, nem mesmo inocente. É expressão criada nas ciências econômicas e, apesar de sua grande utilização no mundo jurídico, permanece vaga e obscura<sup>4</sup>. É claro que é impossível reduzir um termo tão complexo e tão estudado a uma explicação positivada. No entanto, podemos trazer algumas características recorrentes.

Para Rachel Sztajn

Empresas e mercados são instituições ou institutos que estão na fronteira entre direito e economia, objeto de estudo de ambas as disciplinas, em que se nota pouca, quase nenhuma, aproximação, conhecimento ou divulgação das doutrinas desenvolvidas e aceitas em cada uma delas pela outra<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup>NUNES, Rubens. Os limites da Política de Defesa da Concorrência: Sobre o Conceito de Mercado. In: *Revista de Direito Concorrencial*, n. 5. IOB/CADE: Brasília. 2004. P. 15.

<sup>3</sup>Tal como faz Rubens Nunes, na *Revista de Direito da Concorrência*, nº 5, jan. a mar./2005. O autor, que tem formação em economia, traz um conceito analítico de mercado, definindo-o como uma estrutura de governança composta por cinco características: (i) transações com forma de trocas; (ii) agentes autônomos; (iii) ausência de fins coletivos e individualidade dos objetivos e meios dos agentes; (iv) transações que não acarretam piora da situação dos agentes, salvo por motivo natural; e (v) relações impessoais.

<sup>4</sup>IRTI, Natalino. *Persona e mercato*. *Rivista di Diritto Civile*, ano XLI, n.3, p. 289, Padova, Cedam, mar-giu. 1995.

<sup>5</sup>SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2004. P. 27.



Daí tira-se que a importância do estudo das funções e estrutura do mercado serve para que o jurista possa solucionar os problemas inerentes a esta instituição e para que crie e interprete as relações jurídicas de forma mais eficiente.

## 1.2. Breve relato histórico do conceito de mercado

Não se pretende, neste curto capítulo, traçar uma linha histórica completa das diversas teorias que tratam sobre o tema, nem mesmo se quer esgotar o assunto ou minudenciá-lo. O que se quer é demonstrar de forma sucinta, como introdução a este estudo, quais são os aspectos relevantes do conceito de mercado em relação ao direito.

Há quem diga que a raiz histórica dos mercados, tais como vemos hoje, encontra-se nas feiras do fim do período medieval, umbilicalmente ligadas às grandes navegações e à expansão das fronteiras comerciais<sup>6</sup>. Outros autores, em contrapartida, entendem que não se pode determinar um período histórico certo como marco inicial das relações mercantis. No entanto, apesar da grande importância histórica desta fase, manteremos foco no mercado visto a partir do Estado Moderno.

Os primeiros a utilizarem a expressão mercado (de acordo com pensadores como Natalino Irti) foram os membros da escola fisiocrática<sup>7</sup> do séc. XVIII, depois resgatada por autores neoliberais. De acordo com essas correntes, o mercado é visto como um ente separado do Estado, sendo que este não deveria interferir no andamento daquele. Caberia ao Direito, não mais do que proteger a propriedade e garantir o cumprimento dos contratos pactuados. Aplicar-se-ia a idéia da “mão-invisível” de Adam Smith. Assim, as relações de mercado, para funcionarem adequadamente, deveriam ocorrer “naturalmente”, ou seja, sem atuação político-estatal.

Em texto de grande valor histórico, Enzo Roppo trata do tema sob a perspectiva dos contratos<sup>8</sup>. Para ele, o contrato é sempre utilizado com “função

---

<sup>6</sup>SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2004. P. 26.

<sup>7</sup>Considerada a primeira escola científica de economia. Entendia que as relações econômicas eram originadas de regras naturais. Tem forte influência no iluminismo. Fisiocrata, do grego, significa poder da natureza.

<sup>8</sup>ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra, Almedina, 1989.

ideológica” (P. 29), ou seja, com função de ocultamento parcial da realidade dos fatos. Isso quer dizer que os contratos não demonstram a sociedade tal como ela é, mas estão estritamente relacionados à ideologia e ao pensamento da classe dominante. Quando Adam Smith e os pensadores liberais entendiam o contrato como lei entre os contratantes, sob a justificativa de que haveria igualdade entre as partes, ocultavam o fato de que há diversas situações em que existe parte hipossuficiente e que, devido a esta característica, muitos dos pactos não são realizados através da livre negociação, mas simplesmente impostos pela parte mais forte.

Partindo da perspectiva indicada por Roppo, percebe-se que, num primeiro momento histórico, a participação do Estado e do direito no mercado limitava-se a garantia de que os contratos, vistos como instrumentos de circulação de bens, seriam cumpridos e de que a propriedade, derivada dessas trocas, estaria protegida. Concluía-se que não cabia ao direito (ou ao Estado) intervir por conta própria nas relações mercantis, mas sim agir como mero garantidor.

Além da função de garantidor, caberia ao direito algumas outras funções, relacionadas a proibições de certas ações. Por exemplo, proibia-se inserir certo tipo de cláusula em determinado tipo de contrato. Não se permitia, no entanto, que a liberdade contratual fosse limitada por qualquer vínculo positivo do Estado.

Sobre o tema, em palestra proferida no ano de 1993, o ex-presidente da República, Fernando Henrique Cardoso (que à época ainda era senador) fez uma interessante observação sobre a atuação do estado no mercado ao longo da história<sup>9</sup>. Sinteticamente, afirma que o mercado, no início do capitalismo, era visto com a função de suavização do Estado, ou seja, o mercado restringia o arbítrio do Estado Absolutista, era mecanismo capaz de transformar as relações sociais numa forma de sociabilidade superior. No entanto, com a superveniência do capitalismo industrial e a partir da descoberta (percepção) da violência encontrada nesse modo de produção, apontado por Marx e outros autores socialistas, o mercado passou a ser visto como ambiente hostil que precisava de regulamentação. Com essa mudança de percepção, a partir do final do séc. XIX, a imagem descrita acima se inverteu. O Estado passou a ser visto como suavizador e o mercado como violento.

---

<sup>9</sup>CARDOSO, Fernando Henrique. Estado, mercado, democracia: existe uma perspectiva latino-americana? In *Estado, Mercado e Democracia*. Org. Lourdes Sola. Paz e Terra: São Paulo. 1993. Fls. 19-34.

O direito passou a intervir e regular mais ativamente as relações mercantis, pois a idéia de que o mercado poderia se auto-regular por uma “mão invisível” mostrou-se incompatível com a realidade.

O modelo atual de mercado depende, diferentemente daquele apontado pelos liberais no século XVIII, de intervenção estatal para que seu funcionamento seja eficiente. As falhas do mercado e as condutas abusivas são danosas por comprometerem a concorrência e devem ser coibidas<sup>10</sup>. Num modelo estritamente liberal, essas “falhas” não teriam espaço para serem corrigidas, pois a atuação do direito concorrencial seria, praticamente, nula.

Chegamos à conclusão de que, na atual sociedade, onde se encontram diversos tipos de relações com partes hipossuficientes, em que o consumidor nem sempre tem acesso às informações inerentes ao produto que compra, dentre tantas outras situações de desigualdade (como as relações trabalhistas), são poucas as dúvidas de que o Estado deve, sim, intervir nas relações de mercado a fim de equilibrar as relações contratuais. Prova disso é a atual crise financeira, que, grosso modo, decorreu da falta de regulamentação das atividades realizadas pelas instituições financeiras e pela concessão de desenfreada de crédito.

Lenin, em texto escrito no início do séc. XX<sup>11</sup> já observa o novo papel que os bancos vinham tomando na sociedade capitalista. Eles passaram a concentrar e administrar cada vez mais e mais capital de diversos grupos empresariais. Outra movimentação importante observada pelo autor russo era de como esses mesmos bancos faziam acordos e fusões com empresas dos demais ramos. Desse modo, percebe-se que não é recente a grande influência e poder dos bancos sobre a economia e o mercado. Se isso ocorrer de forma totalmente livre, sem nenhuma regulamentação do Estado e da sociedade, alguns sérios problemas, que permanecem atuais, podem ocorrer. Basta observar, na recente crise financeira, como Estados tradicionalmente liberais economicamente, como os Estados Unidos da América e a Inglaterra, vêm utilizando soluções intervencionistas para solucionar os problemas decorrentes da crise financeira mundial. Empresas símbolo do

---

<sup>10</sup>SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004. P. 26.

<sup>11</sup>LENINE, Vladimir Ilitch. *O Imperialismo, Fase Superior do Capitalismo*. Trad. Editorial Progresso, Lisboa-Moscovo, 1984.

capitalismo passaram a ter como maior acionista o Estado<sup>12</sup> e os bancos, para evitar a falência têm que recorrer a empréstimos ao poder público.

### 1.3. Mercado e Direito Concorrencial

A área de estudo onde se percebe maior interação e diálogo entre o direito e a economia é o Direito Concorrencial. É onde se examina a existência de mercado livre ou monopolista. No presente estudo, onde se analisará até que ponto são viáveis e saudáveis as joint ventures, é de grande valia que se apresente noções e conceitos fundamentais do direito antitruste.

É um tema fortemente ligado à política, pois cada país escolhe suas normas de direito concorrencial segundo seus interesses de políticas públicas e econômicas. Tome-se como exemplo o Japão. Esta potência asiática optou por dar ênfase às grandes empresas e às empresas de tecnologia de ponta, que requerem altos investimentos. Por isso, incentivam concentrações monopolísticas, para que haja empresas com alto capital e com possibilidade de altos investimentos. É claro que esse tipo de política pública pode trazer consequências graves aos consumidores e à população em geral. Um grupo econômico forte demais pode passar a controlar o mercado e os preços dos produtos. Existe também o problema da influência política das grandes corporações, que podem dominar não só preços e mercado, mas também políticos e juizes.

Calixto Salomão Filho, em sua obra *Direito Concorrencial: as estruturas*<sup>13</sup> parte da idéia de que a regulamentação do poder econômico no mercado tem como premissa o fato de que todo agrupamento social e econômico deve ter um mínimo de regras para que o funcionamento do mercado esteja garantido a um controle mínimo destas relações econômicas. Segundo o autor, esse conjunto de regras é aquilo que a doutrina chama de Constituição Econômica, onde Constituição deve ser

---

<sup>12</sup>Como exemplo da situação exposta, pode-se tomar o caso da tradicional empresa automobilística americana, a General Motors, que recentemente pediu concordata e receberá um empréstimo de cerca de US\$ 30 bilhões. Em troca, o governo americano passará a ter domínio de 60% das ações da empresa. O Canadá, que também tem grande interesse na manutenção da GM ficará com cerca de 12% das ações. Disponível em: <http://carros.uol.com.br/ultnot/2009/06/01/ult634u3509.jhtm>. São Paulo - SP. Brasil. Acessado em 29/08/2009.

<sup>13</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed.2002. Malheiros Editores:São Paulo.

entendida como limite mínimo de normas a serem adotadas por aquele sistema, variando de um para o outro.

## 2. O Direito Concorrencial

O Direito Concorrencial tem como principal escopo, numa análise mais objetiva e sumária de sua matéria, a busca da concorrência perfeita<sup>14</sup>. Entende-se por mercado com concorrência perfeita aquele em que nenhum dos agentes pode, a partir de seu poder de atuação, manipular preços ou impedir a entrada de outros competidores. É considerado pela economia como o sistema mais eficiente. No entanto, há que se notar que as diversas correntes (em especial a corrente ordoliberal de Freiburg e a neoclássica de Chicago, escolas que estudaram o tema mais aprofundadamente) veem as concepções de eficiência e de concorrência perfeita de formas distintas. Não há, de forma alguma, nenhum tipo de unanimidade na literatura jurídica ou econômica.

Outro fator a ser ressaltado, é o de que a concorrência perfeita é um ideal a ser buscado. Ela nunca será alcançada, porém pode ser indicativo da direção a ser tomada pelo Estado em sua atuação no Direito Antitruste.

Apesar da não unanimidade dos conceitos entre os estudiosos do tema, o mais importante para o Direito Concorrencial é garantir que exista o livre acesso de empresas no mercado e buscar os melhores preços e produtos para o consumidor. As situações de monopólio, de cartelização ou de outras formas de domínio predatório do mercado podem trazer graves danos para a coletividade, já que o lucro dessas empresas com poderio econômico exarcebado é, via de regra, transformado em perdas sociais e não em benefícios para o consumidor final. Os monopólios têm um custo de manutenção muito alto. O *dumping*, por exemplo, prática em que o monopolista diminui exageradamente o preço de um dado produto para levar um eventual concorrente à falência, costuma trazer prejuízos à própria empresa predatória, que funciona no vermelho até que a concorrente saia do mercado. Outras formas de manutenção de monopólios e cartéis, conforme indicado por Kurt Rudolf Mirow, são o boicote (quando empresas cartelizadas deixam, propositadamente, de comprar produtos de uma companhia que esteja entrando no

---

<sup>14</sup>GALVÊAS, Ernane. O Direito de Concorrência. In: Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos. América Jurídica: Rio de Janeiro. 2003. P. 43.

mercado), a sabotagem (prática em que se espalham boatos sobre a concorrente), a corrupção (quando há suborno dos políticos), dentre outras<sup>15</sup>.

A conclusão que se chega, até o presente momento, é de que, apesar da impossibilidade da concorrência perfeita, quanto mais distante ela estiver desse ideal, maiores serão as perdas sociais, pois o lucro atingido pelo abuso de poder gera despesas para a manutenção do próprio sistema.

## **2.1. As Principais correntes e os interesses protegidos**

Calixto Salomão Filho indica duas principais correntes teóricas que explicam o Direito Concorrencial e seus fundamentos. São elas: a corrente neoclássica de Chicago e a corrente ordo-liberal de Freiburg.

O sistema antitruste de Chicago tem como princípio reitor a eficiência. Não é contra os monopólios em si, desde que eles tenham como objetivo o interesse dos consumidores, trazendo maior capacidade de produção a um custo menor. Essa teoria não se preocupa com a proteção da concorrência, mas com a proteção dos interesses imediatos do consumidor. Afirmam, inclusive, que a proteção do consumidor, muitas vezes, entra em choque com a proteção da concorrência. O exemplo clássico dessa ideia está nas grandes indústrias automobilísticas, que necessitam de muito capital inicial e de alta tecnologia. São sempre formadas por grandes grupos empresariais, que, não raramente, geram situações de monopólio. Segundo os pensadores de Chicago, esse tipo de monopólio (ou de oligopólio) seria bem-vindo, pois traria grandes benefícios aos consumidores, já que o aumento da produção diminuiria o custo de cada item produzido a mais, já que os gastos fixos ficariam diluídos na produção excedente. Outra conclusão que se poderia tirar desse exemplo e dessa teoria é a de que as empresas com grandes concentrações econômicas poderiam investir mais capital em pesquisa e tecnologia.

Essas são as ideias básicas da teoria Neoclássica, que não defende a concorrência livre em si, mas sim a eficiência da produção e os interesses (pelo menos os aparentes) do consumidor. Dessa feita, estando o consumidor satisfeito, não haveria que se tomar em conta se o mercado tem concorrência perfeita ou não.

---

<sup>15</sup>MIROW, Kurt Von. *A Ditadura dos Cartéis: Anatomia de um subdesenvolvimento*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro. 4. ed. 1978. P. 165-169.

Em contrapartida à Escola de Chicago, Salomão Filho indica a Escola de Freiburg, também conhecida como ordo-liberal. Constestam os neoclássicos. Tem duas principais críticas: primeiramente, quanto ao conceito de bem-estar, pois o monopólio poderia trazer benefícios aos destinatários finais apenas imediatamente, no entanto, as conseqüências mediatas poderiam ser muito graves (tais como a concentração de poder político e econômico nas mãos de uma pequena parcela da sociedade).

Outra crítica feita é quanto ao próprio conceito de concorrência. Para os Ordo-liberais o sistema concorrencial, sozinho, apresentaria as soluções para seus problemas, apesar de sua imprevisibilidade. Nesse sentido, F. Hayek<sup>16</sup> fala que o sistema concorrencial é um grande processo de descoberta, por isso não é possível pré-estabelecer um conceito fechado para a sua determinação, tal como fazem os neoclássicos ao utilizar do conceito de eficiência. Concorrência seria um valor em si mesmo.

Feitas essas premissas críticas da teoria ordo-liberal à teoria neoclássica, partiremos para os fundamentos da Escola de Freiburg. A escola alemã defende a ideia de que a lei antitruste sempre no interesse do consumidor não é conveniente, nem mesmo para o próprio consumidor. Pode acontecer apenas uma proteção aparente, no entanto, a longo prazo, entendem ser mais conveniente a defesa da livre concorrência e do sistema como um todo. Não se podem desconsiderar os malefícios futuros que oligopólios ou monopólios (vide no item 2.5 os conceitos de monopólios e oligopólios) poderiam trazer. Enquanto imediatamente haveria baixa de preços e maior interesse em pesquisa e aumento da eficiência, por outro lado, depois que o monopólio consolida sua posição de dominância, ele já não tem mais interesse em manter os preços baixos ou então em melhorar o produto ou serviço prestado, passando a ocupar situação de estabilidade, que é prejudicial ao consumidor. Um exemplo clássico da situação retratada é o que aconteceu com a indústria automobilística brasileira até os anos 80, quando as poucas montadoras que existiam no país, devido à concentração econômica, ficaram tecnologicamente estagnadas, sendo que os carros nacionais eram muitos inferiores àqueles produzidos na Europa, por exemplo.

---

<sup>16</sup>HAYEK. F. A. *Individualism and Economic Order*. The University of Chicago Press: Chicago. 1948. P. 106.



Outro fator determinante para a compreensão da teoria ordo-liberal vem do alto custo de manutenção dos monopólios. Como foi mencionado no capítulo introdutório desse estudo, é necessário o gasto de capital e influência em práticas como sabotagem, boicote e difamação, necessárias para a sua manutenção. Essas práticas, além de caras, acabam gerando desperdício de riqueza social, ou seja, trata-se de esforço e capital perdido para um fim que não traz benefício social algum.

Segundo Calixto Salomão Filho<sup>17</sup>

A diminuição da possibilidade de escolha do consumidor e a concessão do poder sobre um mercado a um produtor que pode vir a utilizá-lo no futuro para aumentar os preços de forma a suplantar o benefício decorrente de sua própria redução dos custos, são custos para o consumidor que não podem ser desconsiderados. Os ganhos de eficiência têm que ser repartidos com o consumidor e não simplesmente apropriadas pelo monopolista.

Os ordo-liberais estão preocupados com a garantia das condições de concorrência, enquanto os neoclássicos preocupam-se com a eficiência do mercado. A Escola de Freiburg considera como primordial a tutela concomitante da concorrência e dos consumidores, enquanto a Escola de Chicago leva em conta apenas os consumidores.

Diante de tudo que foi exposto, nos posicionamos no sentido de adotar o pensamento da Escola de Freiburg, por tratar do tema de maneira mais aprofundada e a partir de uma visão social do direito. No entanto, reconhecemos a importância teórica da Escola de Chicago, tendo em vista que em muitas situações o critério da eficiência é apropriado.

Os sistemas concorrenciais, de maneira resumida, são formados por dois tipos de regras: aquelas atinentes à liberdade de concorrência e outras ligadas à lealdade. Diferenciam-se as regras de lealdade das de liberdade, pois aquelas nem sempre são prejudiciais ao sistema, sendo que condenam os atos em si, independentemente das conseqüências que eles possam trazer, são regras relacionadas com a ética. Já as regras de liberdade de concorrência estão ligadas à estrutura do mercado e às barreiras para a entrada de novos concorrentes.

---

<sup>17</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 33.

Calixto Salomão Filho fala que as normas de lealdade são necessárias para que o sistema concorrencial não se autodestrua<sup>18</sup>.

Paula Forgioni<sup>19</sup> destaca, ainda, a importância da Escola de Harvard, que defende a tese de que devem ser evitadas grandes concentrações no mercado, através de uma sistemática chamada de *workable competition*, que poderia ser sintetizada na ideia de que a eficiência vem de empresas pequenas: “*small is beautiful*”. No entanto, esta teoria está um pouco defasada, pois o atual panorama mundial e as novas questões e problemas atinentes ao direito concorrencial, dos quais trataremos no ponto 2.3, tais como a competição internacional, não permitem pensar num sistema em que simplesmente não se aceitem os grandes grupos empresariais.

## **2.2. A legislação concorrencial no Brasil**

No Brasil, é possível dizer que já existiam, desde a época colonial, medidas públicas relacionadas ao Direito Concorrencial. No entanto, essas medidas, tomadas pela metrópole, não buscavam qualquer tipo de benefício ou desenvolvimento econômico para a colônia. O que havia era o chamado monopólio fiscal de Portugal em relação ao Brasil<sup>20</sup>, em que toda a produção brasileira ia ou para o pequeno consumo interno ou para Portugal.

Essa situação só começou a mudar com a vinda da família real portuguesa para o Brasil no ano de 1808. Os portos brasileiros passaram por um processo de abertura a todas as outras nações devido ao conhecido alvará de 1º de abril de 1808. Portugal não buscava mais apenas a exploração da colônia, mas tinha interesse no seu desenvolvimento econômico, fator determinante para a mudança de rumos que o Brasil viria a tomar. No entanto, nesse período de abertura dos portos, o Brasil ainda era muito sufocado pelos altos impostos cobrados por Portugal.

Segundo Paula Forgioni<sup>21</sup>, a principal e mais drástica consequência das atitudes tomadas por Portugal àquela época foi a de não trazer incentivo algum à

---

<sup>18</sup>Idem. P. 70.

<sup>19</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 169-171.

<sup>20</sup>Idem. P. 95.

<sup>21</sup>Idem. P.107.

economia nacional, pois, na prática, durante o Império, o produto nacional não tinha condições de competir com os importados, seja pelo preço ou pela qualidade. Exemplo clássico desse quadro foi a história de Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá. Sua trajetória foi contada no livro *Mauá: empresário do império*, de Jorge Caldeira<sup>22</sup>. Ele foi um dos primeiros grandes empresários brasileiros, chegando a emprestar dinheiro para a própria família real. No entanto, apesar da fortuna atingida em alguns momentos de sua vida, morreu praticamente sem bens. Essa situação traz um bom retrato das condições econômicas desfavoráveis para a iniciativa privada na época do Brasil Colônia.

O primeiro texto legislativo a se preocupar com o direito concorrencial no Brasil foi a Constituição Federal de 1934, que elencou pela primeira vez a liberdade econômica como princípio constitucional.

Na Constituição Federal de 1937 é autorizada a atuação estatal na economia nacional. No entanto, é de grande importância ressaltar que a intervenção poderia acontecer apenas naquelas áreas em que a iniciativa privada não tivesse o interesse necessário para agir por si própria, tratava-se apenas de uma imposição do momento e de intervenção ainda bastante tímida.

Forgioni<sup>23</sup> afirma que a primeira lei antitruste brasileira *stricto sensu* foi o Decreto-Lei 869 de 1938. O seu principal objetivo de tutela era a economia popular e o consumidor, não propriamente a concorrência. A autora adverte que tal lei tinha ainda caráter fascista, pois o Estado só poderia intervir para corrigir eventuais desvios do mercado. A lei trazia apenas tipos penais e sanções para a prática de condutas indesejadas<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

<sup>23</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 114-117.

<sup>24</sup>Tome-se, por exemplo, para ilustrar essa situação, seus dois primeiros artigos:

Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza:

I, destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo ;

II, abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III, promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

Em seguida, advindo de um projeto de uma importante figura do antitruste nacional, Agamemnon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, foi promulgado o Decreto-Lei 7.666 de 1945, mais conhecido como Lei Malaia<sup>25</sup>. O decreto era bastante específico e atuava primordialmente contra o abuso do poder econômico, ao contrário das leis antigas, que costumavam ser vagas e demasiadamente abstratas, tendo pouca utilidade prática. Esse Decreto-lei foi consequência direta dos efeitos do pós-guerra, quando a economia brasileira iniciou a transição de totalmente agrária para industrial. Com o surgimento de novas indústrias e surgimento das grandes multinacionais, percebeu-se que era necessário um limite às importações e proteção interna da indústria nacional. Na exposição de motivos da referida lei, conforme indicado por Alberto Venâncio Filho<sup>26</sup>, dizia-se que “o surto do nosso progresso industrial e a situação criada pela guerra na sua faixa paradoxal de tirar dos que não têm para dar aos que têm, exigem do governo medidas de proteção às atividades econômicas sadias”.

---

IV, reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V, vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI, provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII, dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII, exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX, gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X, fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000\$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

<sup>25</sup>VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Direito e Economia na Legislação Concorrencial*. In: *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos*. América Jurídica: Rio de Janeiro. 2003. P. 3.

<sup>26</sup>Idem. P. 4.

É interessante observar o fato de a guerra ter sido marco histórico fundamental para que se incentivasse a proteção dos direitos de concorrência. Muitos perderam demais e poucos lucraram excessivamente. Surgiram latifúndios com extensão de países e o desequilíbrio social aumentou. Foi nesse contexto que apareceram as primeiras peças legislativas nacionais a tratarem do tema da concorrência.

O texto do referido Decreto-lei continha a expressão “exercício abusivo do poder econômico”, o qual, apesar de adequado, era expressão muito ampla, sendo que acabaria ficando com a jurisprudência a tarefa de determinar do que se trataria o exercício abusivo.

A vigência do Decreto-Lei durou apenas três meses, sendo revogado logo após a queda de Getúlio Vargas.

A Carta Magna de 1946 trouxe pela primeira vez de forma expressa o princípio da repressão ao abuso de poder econômico (art. 148<sup>27</sup>). Diferente do que ocorria anteriormente, os atos passaram a ser condenados por sua finalidade, não mais pelo seu efeito.

A Lei 4.137 de 1962<sup>28</sup>, que foi baseada no projeto do Ministro Agamemnon foi bastante criticada, pois não definia precisamente o que seria abuso de poder econômico, deixando a expressão em aberto. Outra crítica forte à lei em questão veio do fato de ter dado muito poder ao CADE, criado por essa mesma lei, o que poderia ser utilizado como instrumento de manipulação do poder público. Mais um fato relevante é de ter objetivado os atos a serem condenados, ou seja, não dependiam mais de seu fim ou efeito, mas apenas de sua tipificação.

Apesar de tudo, esta Lei não chegou a ter uma aplicação linear ou efetiva. Na realidade, muitas vezes foi relativizada e utilizada pelo regime militar para manipulação do mercado. Calixto Salomão Filho<sup>29</sup> observa que esta lei, em sua grande maioria, foi copiada da lei concorrencial americana, numa época em que nem eles sabiam ao certo quais deveriam ser os objetivos de uma lei antitruste, vale

---

<sup>27</sup>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.

<sup>28</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 125.

<sup>29</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 72.

dizer, ainda não havia certeza se deveria se valorizar a concorrência ou o consumidor. O legislador, à época, tinha pouquíssima familiaridade com conceitos econômicos, sendo que não houve maiores reflexões acerca dos conceitos importados dos Estados Unidos da América para o Brasil.

Essa lei instituiu, em seu art. 2º, as três principais categorias de ilícitos presentes num sistema antitruste<sup>30</sup>: a constituição indevida de posição dominante (inc. I), o abuso de posição dominante (inc. II, III e IV) e a concorrência desleal (inc. V). Mesmo aquele que não tivesse posição dominante no mercado poderia ser punido, desde que umas das tipificações incidissem sobre o caso concreto.

---

<sup>30</sup>Art. 2º: Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

- a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;
- b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalisão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;
- d) concentração de ações; títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;
- e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;
- f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;

II - Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

- a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo;
- b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria prima;
- c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;
- d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias primas;

IV - Formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

- a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;
- b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.

V - Exercer concorrência desleal, por meio de :

- a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária;
- b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

Em seguida, com o fim da ditadura militar, veio a Lei 8.158 de 1991, que apenas revogou em partes a lei anterior. O novo governo reabriu as portas do mercado brasileiro, permitiu número mais elevado de importações e adotou medidas mais liberais. O principal objetivo da lei era reprimir os eventuais abusos decorrentes desse modelo econômico. No entanto, por conta de grande influência da imprensa, ela acabou sendo sufocada e teve seu rumo desviado, sendo substituída no ano de 1994 pela atual lei a tratar da concorrência no Brasil, a Lei 8.884 de 1994.

De forma contrária ao decreto-lei de 1945 e às outras normas anteriores, a Lei 8.884 de 1994 trouxe conceitos mais concretos e, portanto, mais aplicáveis. Consolidou os princípios da Constituição Econômica. Apresenta diálogo com a Constituição Federal de 1988, pois, ao mesmo tempo em que defende (e protege) a livre-concorrência, também considera o sistema principiológico da Carta Magna, tutelando, logo no seu 1º artigo, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico<sup>31</sup>.

Com base no que foi exposto no capítulo 2.1 e segundo os ensinamentos do Professor Calixto Salomão Filho, pode-se chegar à conclusão de que a Lei 8.884/94, bem como o sistema constitucional brasileiro, não coincide exclusivamente com nenhuma das duas teorias apresentadas (neoclássica ou ordo-liberal), mas alberga princípios encontrados em ambas. Vale dizer, ao mesmo tempo defende a liberdade de iniciativa e a defesa do consumidor, enquanto, por outro lado há repressão do abuso do poder econômico e proteção à livre concorrência.

A lei brasileira constitui um sistema híbrido, albergando o modelo europeu quando caracteriza o ilícito pelo objeto ou efeito. Ou seja, há ilícito concorrencial quando existe prejuízo do comércio a partir de acordo entre empresas ou quando os atos tiverem por efeito restringir ou falsear a concorrência. No entanto, nosso sistema diferencia-se do europeu quanto à tipificação dos atos. Enquanto no sistema europeu e no norte-americano há necessidade de que a empresa ou grupo imputado em um crime concorrencial esteja numa posição dominante de mercado, isso não é necessário para a caracterização de abuso no sistema brasileiro. No Brasil, basta

---

<sup>31</sup>FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial (as telecomunicações)*. Livraria Paulista: 2003. P. 213-214.

que haja incidência em um dos tipos expostos no art. 20 da Lei 8.884 de 1994<sup>32</sup>, o que faz com que nosso sistema seja mais simples, bastando, como foi mencionado, a existência de determinados objetivos ou a produção dos efeitos demonstrados no art. 20. Para o nosso Direito Concorrencial não é necessário que haja existência de posição dominante para existência de infração à ordem econômica<sup>33</sup>.

Vale ressaltar, ainda, que o ato a ser reprimido pela lei concorrencial não é necessariamente o ato jurídico. Outros tipos de atos, revestidos de outras formas, como a troca de informações por via postal, por exemplo, podem também ser reprimidos no sistema brasileiro, desde que gerem efeitos prejudiciais à livre concorrência.

No caso de grupos empresariais, assunto que nos interessa nesse estudo, a nossa lei prevê em seu art. 17<sup>34</sup> que serão responsabilizados solidariamente todos os integrantes do grupo econômico – mesmo que seja apenas um grupo de fato e não de direito - que praticar abuso de poder econômico.

No momento, está em discussão no Senado Federal a nova Lei de Defesa da Concorrência Nacional, que pretende reformular a sistemática da Lei 8.884/94. Dentre as principais mudanças está a de que a análise das concentrações deverá ser feita a priori, não havendo mais a possibilidade de análise a *posteriori*, como é permitido em alguns casos na lei atual. Isso evitará situações em que é impossível

---

<sup>32</sup>Art. 20 da Lei 8.884/94: 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;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

<sup>33</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 148-150.

<sup>34</sup>Art. 17 da Lei 8.884/94: Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.



reverter quadros já consolidados. Há ainda a previsão de algumas mudanças processuais e nas carreiras dos conselheiros do CADE.<sup>35</sup>

### 2.3. Os novos problemas de Direito Concorrencial

A concorrência nos dias de hoje não pode, de maneira alguma, ser vista da mesma forma que os liberais, filiados às teorias de Adam Smith, a enxergavam no começo do capitalismo. Waldirio Bulgarelli<sup>36</sup>, sobre o tema, afirma que

no mínimo, deve-se admitir que a concorrência dentro do sistema do *concentrate* produz resultados completamente diversos dos obtidos por intermédio do sistema econômico exposto por Adam Smith. E o motivo reside no fato de que, quando milhares de negociantes, artesãos ou fazendeiros oferecem suas mercadorias a milhares de fregueses, a concorrência tem um significado. Mas, significa uma coisa completamente diversa, quando quatro ou cinco empresas gigantes trituram-se mutuamente. O resultado produzido pela concorrência, dentro de um sistema que englobava um grande número de unidades, era o de afastar as que fossem menos eficientes ou talvez que estivessem estrategicamente mal situadas. O resultado da luta entre as grandes empresas é: consolidação, eliminação de um dos conjuntos, ou então, a aceitação de uma situação em que a esfera de cada um é respeitada, pelo menos aproximadamente.

Considerando o que foi exposto acima, fica claro que o direito concorrencial não pode ser visto com os olhos das teorias do sec. XVIII e XIX e que as questões ligadas à internacionalização do comércio e à globalização do mercado têm influência direta nas novas diretrizes do antitruste.

Atualmente, o direito concorrencial não se preocupa apenas com a concorrência interna dos países. Há outras questões, ligadas aos objetivos dos Estados soberanos que têm grande influência nos objetivos do antitruste de cada país.

Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, ao tratar sobre as sociedades anônimas e os problemas trazidos por as gigantescas empresas que utilizam esse modelo societário, afirma que atualmente “há uma ameaça constante aos princípios do mercado livre e da livre formação de preços, em consequência das alianças entre as

---

<sup>35</sup>Disponível em <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/5/13/o-projeto-de-lei-de-defesa-da-concorrencia>. São Paulo - SP. Brasil. Acessado no dia 1º de setembro de 2009.

<sup>36</sup>BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1997. P.30.

grandes companhias”<sup>37</sup>. Segundo o autor, o regime da livre concorrência, sob essas circunstâncias, devorou a si mesmo, trazendo à tona os monopólios.

No Japão, por exemplo, como já se mencionou no capítulo introdutório, as grandes concentrações de empresas são, não só toleradas, como também incentivadas, a fim de fomentar a economia nacional e as empresas de grande porte e com alto investimento em tecnologia e pesquisas. Há uma estimativa que indica que cerca de 60% de toda a economia do Japão seja controlada por apenas seis empresas<sup>38</sup>. Isso significa que nesse país há grande influência da teoria neoclássica, pois se pensa, antes de tudo, em eficiência e não na proteção da concorrência livre. O principal objetivo do fomento dessas grandes empresas é a possibilidade de maior competitividade internacional, que é cada vez mais acirrada. Essa é a chamada economia de escala.

Situação idêntica a que ocorre no Japão, se passou na Alemanha, principalmente a partir dos anos 70, quando houve importantes alterações em sua legislação para que o país tivesse maior competitividade no âmbito internacional, e não apenas no mercado interno. Essa é a característica de uma nova fase do direito concorrencial, onde está fortemente presente a cooperação entre Estados e iniciativa privada (empresas).

Ocorreu fenômeno semelhante na economia brasileira já nos anos 70, quando foi elaborado pelo governo federal o Plano Nacional de Desenvolvimento, editado em duas etapas: o PND I (Lei 5.727 de 1971) e o PND II (Lei 6.151 de 1974). Esse plano visava trazer desenvolvimento mais célere à economia nacional, a fim de colocar o Brasil entre os países mais desenvolvidos do mundo. Havia expressa referência ao incentivo à vitalidade do setor privados no inciso III do capítulo II da parte I do plano, sendo que um dos instrumentos escolhidos para esse fim eram as fusões e concentrações empresariais, a fim de que tivéssemos grandes empresas com força e competitividade<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup>DÍAS- CAÑABATE, Joaquín Garrigues y. *Problemas atuais das Sociedades Anônimas*. Porto Alegre: Fabris. 1982. P. 15.

<sup>38</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 40.

<sup>39</sup>BULGARELLI, Waldírio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 287. P. 26.

Já no PND II estabelecia-se expressamente uma política de fusão de empresas nacionais, fortalecendo o empresariado do país. As normas previam isenções tributárias e outros benefícios a essas fusões.

Outro fenômeno relativamente recente e de grande importância para o tema em foco é a criação dos grandes blocos internacionais, que trouxe situações ainda mais complexas a serem consideradas quando do estudo do direito concorrencial.

Esses blocos, tais como a União Europeia e o Mercosul, vão além do fomento de grandes companhias nacionais. Tomando o primeiro como exemplo, nos últimos anos vem sendo incentivada a união de empresas de vários países do bloco a fim de se conquistar competitividade internacional ainda maior. Isso passou a ocorrer logo após a consolidação do mercado comum.

A ascensão das economias européia e japonesa acabou gerando um “efeito dominó”, forçando outras grandes economias, tais como os Estados Unidos da América (onde, tradicionalmente, de acordo com o que estava previsto no *Sherman Act* e na Lei de *Clayton* os contratos de cartelização eram considerados nulos<sup>40</sup>), a mudarem seu posicionamento quanto ao direito concorrencial e tomarem medidas a favor do fomento das grandes empresas e da preocupação não só com o mercado interno, mas também com a concorrência internacional. Assim, as pequenas empresas são prejudicadas, pois passam a ser vistas como um defeito do sistema. “O poder econômico, de quase um mal em si, passa a ser visto como uma necessidade, desde que apto a promover a ‘eficiência econômica’”<sup>41</sup>.

Toda essa movimentação influenciou a doutrina e os tribunais ao redor do mundo, que passaram a aceitar exceções à concorrência livre em prol dos novos interesses internacionais. O Brasil adotou em sua lei concorrencial (Lei nº 8.884/94) alguns desses novos conceitos e incorporou normas relativas à “regra da razão” (que será mais aprofundada no capítulo seguinte), visando à justificação de posições dominantes já existentes e outras em estado de formação.

Quanto às relações internas entre os países que formam os blocos econômicos, acontece uma situação bastante peculiar. Por serem formados apenas por nações soberanas e por não haver um Estado soberano controlando as relações

---

<sup>40</sup>BULGARELLI, Waldírio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 33.

<sup>41</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 43.

mercantis entre os integrantes dos blocos, essas relações têm que, de alguma forma, se auto-regular. A auto-regulação se dá por meio do direito concorrencial, que é o corpo de regras que visa garantir as condições mínimas de acesso e permanência dos agentes nesses mercados comuns. Busca a garantia de condições de igualdade entre economias bastante distintas.

Os novos rumos que o mercado internacional vem tomando trazem duas implicações. A primeira, que tem influência dos pensadores da Escola de Chicago, diz respeito à maior competição entre grandes empresas multinacionais, incentivadas pelos Estados, que buscam maior atuação na economia globalizada. A segunda consequência diz respeito à formação das comunidades internacionais, que, neste caso, influenciadas pelas teorias relacionadas ao pensamento da Escola de Freiburg, ao menos internamente, estimulam a concorrência mais igualitária com a diminuição dos embargos referentes à circulação de mercadorias.

Essas duas novas situações têm que ser levadas em conta, pois o direito concorrencial torna-se muito mais amplo do que no passado, quando não se pensava nas suas consequências internacionais, mas apenas na economia regional. Atualmente, as grandes corporações e concentrações empresariais podem concorrer com empresas dos mais diversos lugares, fato que não poderia ser cogitado no passado.

Nota-se que há – ao menos aparentemente - um conflito de princípios constitucionais. De um lado, junto com a pretensão das grandes concentrações empresarias está o princípio da livre iniciativa privada, prevista no caput do art. 170 da Constituição Federal e, de outro lado, a proteção à livre concorrência, presente no art. 5º e no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal.

Sobre o tema, Paula Forgioni ensina que, considerando esse novo panorama mundial e tendo em vista as novas funções assumidas pelo Estado, que não é mais apenas sujeito passivo, mas também é sujeito ativo na economia,

o antitruste já não é mais visto apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser encarado como um dos instrumentos (ou meios, conforme a terminologia utilizada por José Francisco Camargo) de que dispõe o Estado para conduzir o sistema. Vale a referência às palavras de Siro Lombardini, mencionando um dos objetivos que pode ser seguido mediante a aplicação de Lei Antitruste: 'Oferecer um instrumento para que as administrações públicas possam orientar as decisões dos grandes

grupos de empresas para realizar o processo de desenvolvimento tido como possível e desejado<sup>42</sup>.

A concorrência passa a ser um instrumento de política pública, fato esse que não decorre de um movimento teórico, mas sim das reiteradas decisões das administrações públicas dos diversos Estados. O antitruste com fins políticos, segundo Forgioni, pode ser utilizado de duas maneiras distintas: 1) pela aplicação da lei antitruste; e 2) pela não-aplicação da lei antitruste, eliminando o controle sobre o processo de concentração de empresas através das válvulas de escape, tais como as regras da razão (vide capítulo 2.4.). Tudo depende das necessidades do Estado e de suas diretrizes e objetivos.

Aplicando a classificação de Paula Forgioni ao caso concreto, podemos dizer que o Estado tem a possibilidade de optar pela utilização da lei do antitruste quando pretende, por exemplo, proteger sua concorrência interna de empresas estrangeiras. Já no caso oposto, de não-aplicação da lei antitruste, pode-se tomar o caso do Japão, onde, apesar da estrutura concentrada e tendente ao monopólio, não só não são banidos os grandes grupos, como também são incentivados. Temos outros exemplos, como o oligopólio de alguns poucos produtores suíços de relógios. De um lado, o Estado quer coibir excessos e garantir o livre acesso ao mercado, de outro pretende alimentar e fomentar a economia com a constituição de empresas com grande poderio econômico.

São esses os novos problemas concernentes ao direito concorrencial e que não podem deixar de ser considerados.

#### **2.4. As válvulas de escape**

As válvulas de escape são mecanismos utilizados pelo direito antitruste para que a proteção da livre concorrência não tenha o efeito inverso daquele desejado. Ou seja, a administração pública não pretende dissociar o direito concorrencial da realidade e, para isso, adota uma série de medidas, conhecidas como válvulas de escape, que visam impedir um eventual efeito maléfico das normas relacionadas ao antitruste. São medidas de flexibilização do texto normativo.

---

<sup>42</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 194.

Utilizaremos a classificação da Professora Paula Forgioni, que prevê três principais válvulas de escape para o sistema concorrencial. São elas:

- 1) A regra da razão;
- 2) A flexibilização do conceito de mercado relevante; e
- 3) Os interesses protegidos.

#### 2.4.1. A regra da razão

A regra da razão tem sua raiz na jurisprudência norte-americana. Origina da flexibilização de dois dos principais diplomas legais concorrenciais daquele país: o *Clayton Act* e o *Sherman Act*<sup>43</sup>, que passaram a permitir situações de truste que seriam benéficas para o sistema como um todo. Os Estados Unidos aplicam a lei antitruste de duas formas: ou aplicam-na por si mesma ou utilizam a regra da razão em alguns casos excepcionais em que os trustes são bem-vindos<sup>44</sup>. Essa forma de aplicação pode ser compara à classificação trazida por Paula Forgioni, indicada no item 2.3., vale dizer, o direito antitruste poderia ser utilizado de duas maneiras pelo poder público: i) pela sua aplicação e ii) pela sua não-aplicação, dependendo das diretrizes governamentais e dos interesses sociais.

Paula Forgioni<sup>45</sup> afirma que

tanto a regra da razão quanto as isenções e autorizações são técnicas destinadas a viabilizar a realização de uma determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização.

A autora ensina (p. 204) que esse afastamento de barreiras legais para a permissão de concentração de grupos empresariais que *a priori* poderia ser considerado ruim para a economia é conhecida no sistema norte-americano como

---

<sup>43</sup>A primeira seção do *Sherman Act* trazia, em sua redação original, de 1890, o seguinte texto: “Todo contrato, acordo em forma de truste, ou conspiração, em restrição a tratado de comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que fizer contrato ou acordo em qualquer combinação ou conspiração declarada ilegal deve ser considerado culpado de um crime, e, deve ser punida por multa não excedente ao valor de \$ 10.000.000,00 em se tratando de corporação, ou, se qualquer outra pessoa, \$ 350.000,00, ou por prisão não excedendo três anos, ou por ambas as penas, segundo o entendimento do tribunal” (tradução livre). Assim, percebe-se que originalmente quaisquer formas de trustes eram consideradas ilegais.

<sup>44</sup>PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001. P.44.

<sup>45</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 203.

*rule of reason*, já no direito comunitário europeu, essas práticas são conhecidas como isenções e no direito brasileiro ocorrem através da concessão de autorizações pelo CADE.

Nesse tema é impossível não tomar como base o direito norte-americano e, por conseqüência, o *Sherman Act*, que foi uma das primeiras leis a tratar sobre matéria concorrencial. A princípio, qualquer prática que restringisse a circulação de mercadorias no comércio era considerada ilícita e deveria ser combatida. Entretanto, aos poucos, passaram a ser permitidas práticas restritivas do mercado desde que razoáveis.

A primeira vez em que a Corte Suprema Americana se posicionou de forma clara a favor da regra da razão, entendendo pela flexibilização do *Sherman Act*, foi no famoso caso da *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*. A decisão, apesar de não ter modificado o texto do *Sherman Act*, acabou permitir situações de exceção no seu primeiro artigo, que, originalmente era bastante restritivo.

No Brasil, de acordo com o que foi mencionado acima, a regra da razão se aplica através das autorizações. O principal texto legislativo a tratar taxativamente das práticas que são consideradas como anti-concorrenciais no direito pátrio é o art. 20 da lei 8.884 de 1994 (sempre levando em conta a relevância do próprio art. 170 da Constituição Federal). No entanto, o art. 54 da mesma lei permite atos prejudiciais à livre concorrência desde que eles sejam compensatórios para o sistema. Nesse artigo estão elencados os motivos que podem autorizar práticas que a princípio poderiam ser consideradas predatórias. Em suma, essas práticas estão relacionadas à melhoria de produtos, aumento de produtividade, ganho de eficiência e benefícios para os agentes econômicos, principalmente, para os consumidores, caracterizando, dessa forma, a regra da razão.

Quem analisa o mérito desse tipo de autorização é o CADE, conforme está estabelecido no caput do art. 54. A autorização pode ocorrer de duas formas: ou previamente ou até 15 dias após a constituição do ato jurídico de concentração. As conseqüências, por suposto, são diversas se o CADE decidir que aqueles atos de concentração não podem ser admitidos.

Se o ato ainda não tiver ocorrido até a análise pelo conselho do CADE, ele não poderá ser constituído. Caso já tenha ocorrido (naquelas exceções onde a análise se dá até 15 dias depois do ato), o CADE pode estabelecer aos agentes

participantes do ato que façam um distrato, impondo cisão da sociedade, venda de quotas ou ações ou outra medida que for cabível para solucionar o problema.

A permissão de análise posterior das autorizações pode trazer, muitas vezes, conseqüências irreversíveis ou de difícil reparação. É o que ocorreu no caso de concentração, analisado pelo CADE, da compra da Garoto pela Nestlé. Depois de realizada a venda, a autarquia entendeu que havia concentração e, por isso, a Garoto teria que ser vendida compulsoriamente para alguma outra empresa que detivesse menos de 20% do mercado de chocolates<sup>46</sup>. Essa situação acabou acarretando dificuldades econômicas para a empresa Chocolates Garoto S/A.

Por esse motivo, a nova Lei de Defesa da Concorrência Nacional, que vem sendo discutida e poderá ser aprovada ainda no ano de 2009, trazendo alterações em nosso sistema concorrencial, prevê apenas a permissão de autorizações com análise anterior à constituição do ato de concentração.

#### **2.4.2. A flexibilização do conceito de mercado relevante**

O mercado relevante, segundo a definição de Paula Forgioni<sup>47</sup>, é

aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei 8.884 de 1994.

Para Calixto Salomão<sup>48</sup>, a definição de mercado

leva em conta dois elementos distintos: os substitutos do lado da demanda e do lado da oferta. Isso significa dizer que, para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto "X", é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos de "X" e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de "X" para produzi-lo.

A busca pelo conceito de mercado relevante, ou seja, aquele em que um ou mais agentes participam não é dada através de fórmula simples. Para isso vários

<sup>46</sup>Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u80310.shtml> no dia 18 de outubro de 2009.

<sup>47</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 231.

<sup>48</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 98.



métodos são utilizados. Forgioni<sup>49</sup> e Salomão Filho<sup>50</sup> indicam dois aspectos que precisam ser analisados para que se delimite qual é o mercado relevante. São eles: o aspecto geográfico e o aspecto material. Outros autores, como José Paulo Fernandes Mariano Pego<sup>51</sup> incluem outra dimensão para análise do mercado relevante: a dimensão temporal.

Pode ser considerada uma válvula de escape, pois a autoridade concorrencial tem a possibilidade de estender o conceito de mercado relevante de determinado produto e deixar de considera-lo mercadoria cartelizada ou monopolizada. Veremos a seguir as principais classificações de mercados relevantes e como elas podem ser manuseadas pelo poder público, já que, geralmente, são conceitos bastante flexíveis.

#### **2.4.2.1. O mercado relevante geográfico**

O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência, dependendo do local de atuação do agente e da natureza e preço do produto ou serviço oferecido. Mercado, aqui, compreende todos serviços e produtos semelhantes (inclusive os potenciais substitutos). A delimitação do mercado geográfico não é cristalina, pois pode variar constantemente.

Tomemos um exemplo para melhor compreensão. Imagine-se que existem duas concessionárias de uma mesma empresa automobilística localizadas em duas cidades relativamente distantes (cidade A e cidade B), a 250 km uma da outra. É claro que o mercado relevante geográfico de cada uma das concessionárias está, via de regra, limitado aos consumidores de cada cidade (incluindo, no máximo algumas cidades próximas). Imaginemos, então, que a concessionária da cidade A aumente seus preços em 0,5%. Essa pequena diferença de preços, possivelmente, não terá grande impacto nas vendas da concessionária da cidade B e ambas continuarão com o mesmo mercado relevante geográfico. No entanto, se imaginarmos um aumento maior, algo como 3% sobre os preços dos automóveis, os consumidores da cidade A passarão a se deslocar para a cidade B para comprar

---

<sup>49</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 232.

<sup>50</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 99.

<sup>51</sup>PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. 1. Ed. Livraria Almedina: Coimbra. 2001. P. 26-27.

seus automóveis, fato que alteraria o mercado geográfico relevante dessa região. Pode-se concluir, com o exemplo demonstrado, que a delimitação do mercado é tarefa extremamente difícil, que nem sempre leva a uma resposta única e fechada. O que se pode conseguir é uma resposta aproximativa.

#### **2.4.2.2. O mercado relevante material**

O mercado relevante material diz respeito àquele em que se analisa se um produto pode ser substituído por outro. “Sua delimitação, a exemplo do mercado relevante geográfico, parte da identificação das relações de concorrência<sup>52</sup>”. Deve-se analisar o nível de necessidade que o consumidor tem em relação a um dado produto. Assim, é possível que dois produtos que, aparentemente, fariam parte de um mesmo mercado relevante (por exemplo, comparando-se dois automóveis, um Uno Mille e uma Ferrari), na verdade não têm a mesma dimensão material, pois não suprem as mesmas necessidades de consumo e, assim, não participam do mesmo mercado relevante. O oposto também é possível, ou seja, dois produtos totalmente diferentes podem participar de um mesmo mercado relevante. Paula Forgioni cita Lawrence Sullivan para dar o exemplo dos flocos de milho, que poderiam ser incluídos no mercado relevante material de todos os alimentos consumidos no café da manhã.

Há, ainda, outros fatores que podem influenciar na criação de mercados relevantes. Um deles é a marca, que faz surgir um mercado distinto para um produto aparentemente igual aos outros (um exemplo clássico é o da Coca-cola, que, graças ao poder de sua marca, não necessariamente compete diretamente com os outros refrigerantes cola). Isso ocorre quando os consumidores daquele bem não têm por hábito trocar de marca preferindo deixar, simplesmente, de consumir o produto na hipótese de alta dos preços.

Pego<sup>53</sup> ensina que um dos mecanismos utilizados para saber se dois produtos integram o mesmo mercado relevante material é o teste da elasticidade cruzada da procura, que faz uma relação entre a variação de preço de um bem, analisando se terá influência na quantidade de procura de outro. Assim, se o aumento do preço da

---

<sup>52</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 241.

<sup>53</sup>PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. Op. cit. P. 30.

melancia, por exemplo, acarretar maior procura pelo melão, há grandes chances de os dois produtos fazerem parte do mesmo mercado relevante material.

#### **2.4.2.3. O mercado relevante temporal**

Pego<sup>54</sup> ensina que há alguns mercados relevantes que dependem exclusivamente do fator tempo. Assim, trazendo-nos um exemplo para melhor entendimento do tema, cita o caso da banana, que é produzida o ano inteiro, porém, tem mais concorrentes durante o verão, já que nessa época existem outras frutas similares disponíveis no mercado. O tempo produz dois mercados relevantes distintos: o mercado relevante do verão e o mercado relevante do resto do ano.

#### **2.4.2.4. Conclusão sobre o mercado relevante**

Diante de tudo que foi exposto no item 2.4.2., podemos chegar à conclusão de que o conceito de mercado relevante (seja qual for o aspecto tomado em conta) não é formal, mas material. Ele nunca é capaz de exprimir a realidade com exatidão, mas pode ser utilizado como um dos mais eficientes mecanismos na determinação de mercado a fim de se encontrar as práticas prejudiciais à livre concorrência. Deve-se tomar em conta o mercado relevante material e o geográfico (também o temporal, se adotarmos esta teoria) para que se chegue a um mercado relevante global em comum.

A importância de seu estudo dentro do tema das “válvulas de escape” vem exatamente de sua maleabilidade, que pode ser utilizada, de acordo com interesses governamentais e públicos, a favor de cartéis e monopólios. É importante ressaltar que a definição de mercado relevante é estabelecida caso a caso, sendo praticamente impossível a construção de uma regra geral que possa ser aplicada a todas as situações.

O conceito de mercado relevante relaciona-se diretamente com os objetivos políticos e concorrenciais perseguidos pelos Estados. Pode-se diluir o mercado do qual participa uma dada empresa e tirá-la de uma situação de posição dominante. Daí a grande importância do conceito de mercado (relevante), pois é o primeiro

---

<sup>54</sup>PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. Op. cit. P. 37.

passo que se toma para a análise de uma prática antitruste. Essa conceituação pode ser colocada a favor do interesse das grandes empresas e concentrações, podendo diluir (nem que de uma maneira artificial) o impacto de uma concentração no mercado.

Tomemos um exemplo citado por Paula Forgioni<sup>55</sup>, no caso *De Havillanda*, analisado pela Comissão Europeia. Averiguava-se uma concentração no mercado de aeronaves para transporte regional. Foram encontrados três mercados relevantes, dependendo do número de acentos que havia em cada avião. A comissão acabou concluindo que deveriam ser considerados os três mercados relevantes distintos. Assim, a empresa seria titular de 64% do mercado de aeronaves com 40 a 59 lugares e de 76% do mercado de aeronaves com 60 ou mais lugares. As partes, apesar da decisão da Comissão Europeia, argumentaram que poderia ter sido considerado o mercado global dessas aeronaves de transporte regional (ou seja, sem considerar o número de acentos) o que faria com que aquele grupo dominasse uma fatia muito menor, de apenas 50% do mercado. Percebem-se, aqui, as grandes diferenças que foram trazidas por uma (aparentemente) simples questão conceitual.

No Brasil a flexibilização do mercado relevante é utilizada pelas empresas como defesa na avaliação prévia de concentração determinada pela Lei 8.884 de 1994. Se provarem que o mercado relevante é maior, acabam por demonstrar que não possuem 20% da participação e, por consequência, conforme prevê nossa lei antitruste em seu art. 20 § 3<sup>o</sup><sup>56</sup>, não ficam sujeitas à intervenção do CADE.

### **2.4.3. Os interesses protegidos**

Os interesses protegidos estão relacionados ao caso concreto e às diretrizes da política pública e dos interesses sociais. São diversos os interesses que podem

---

<sup>55</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 252.

<sup>56</sup> Art. 20. 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:

(...)

§ 3<sup>o</sup> A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

vir a ser protegidos (de mercado, do consumidor, do bem comum, da eficiência alocativa e etc.). Forgioni<sup>57</sup> faz interessante apontamento sobre nossa lei antitruste, dizendo que ela não pode ser considerada simplesmente como “lei de repressão ao abuso econômico”, mas deve ser vista como “lei de tutela à livre concorrência ou à livre iniciativa”. O texto da lei 8.884 de 1994 já prevê a possibilidade de jogo dos interesses protegidos, principalmente em seu art. 54, quando trata da possibilidade de autorização de alguns atos restritivos da concorrência, tendo em vista a economia como um todo e os benefícios gerais que alguns desses atos podem trazer.

Os principais interesses protegidos no direito antitruste são o direito dos concorrentes, dos consumidores e o interesse geral. Funcionam como válvulas de escape para a permissão de atos restritivos que abarcarem um desses interesses. No entanto, há que se ter cautela na utilização desse tipo de válvula de escape, pois por ser abstrata e bastante flexível pode causar situações de insegurança jurídica.

## **2.5. As diversas formas de dominação de mercado**

O monopólio não é a única possível forma de dominação de mercado, existem outras, tais como o oligopólio e, principalmente, os cartéis. Há, ainda, como indicado por Calixto Salomão Filho<sup>58</sup>, os monopsônios e oligopsônios, que são formas de dominação inversas àquelas em que o poder está nas mãos do comprador, pois quem detém o domínio do mercado, nesses casos, é o vendedor. No entanto, não trataremos destas duas últimas, pois, apesar de sua relevância para o direito concorrencial, não trazem maiores conseqüências ao tema do presente estudo, em que analisaremos o domínio de mercado apenas sob a perspectiva daqueles que vendem produtos ou oferecem serviços.

### **2.5.1. Monopólios**

---

<sup>57</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P 268-269.

<sup>58</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 145.

O conceito de monopólio aplica-se, ao contrário do senso comum, não apenas àquelas situações em que uma empresa domina 100% do mercado, mas também, e isso é muito mais comum no caso concreto, àquelas situações em que apenas uma empresa tem domínio econômico sobre substancial parcela do mercado, a ponto de as outras não terem qualquer influência sobre o preço do produto<sup>59</sup>. É uma situação de falha no sistema concorrencial.

Existem, basicamente, três tipos de monopólios, que devem ser tratados de forma distinta. São eles o monopólio natural, monopólio estrutural e o monopólio estatal.

O monopólio natural é aquele em que o tipo de serviço prestado ou produto oferecido não seria eficiente quando explorado por mais de uma empresa. É o caso da exploração de determinada pedra preciosa encontrada apenas em um lugar. Só haveria espaço para uma mineradora. Nesses casos, de monopólio natural, o sistema de concorrência seria ineficiente e traria desvantagens para a sociedade, podendo acabar sendo prejudicial para o mercado. O papel do Estado, neste tipo específico de concentração é mais voltado para a fiscalização e menos para a intervenção mais ativa, garantindo que os preços não ultrapassem o valor que seria esperado num sistema de concorrência<sup>60</sup>.

Existe também, o monopólio estatal, que consiste em atividades econômicas nas quais o Estado tem interesse de exclusividade, como ocorre no caso do petróleo no Brasil, através da Petrobrás. Nada impede que o Estado opte por explorar monopólios naturais, como é o caso da distribuição de energia elétrica no Paraná.

O monopólio estrutural, diferentemente do que ocorre com o monopólio natural e com o estatal, decorre de condições estruturais da economia. São comuns no Brasil devido à formação desigual da nossa sociedade, onde poucos privilegiados detêm a maior parte do capital e dos bens. Em regra, quando se fala em monopólio está-se referindo ao monopólio estrutural, que é aquele decorrente de práticas predatórias e que é extremamente prejudicial ao mercado. Neste trabalho, quando nos referimos a monopólio estamos falando do monopólio estrutural.

Calixto Salomão Filho apresenta três principais conseqüências ruins do mercado monopolizado. São elas: 1) a *dead weight loss*, que consiste na perda de consumidores ocasionada pelo aumento dos preços pelo monopolista. Ele é formado

---

<sup>59</sup>Idem. P. 132-133.

<sup>60</sup>FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit. Pp. 153-155.

pela perda de utilidade daquele produto; 2) a destinação indesejada dos recursos transferidos, que acabam indo para a própria manutenção do monopólio. Assim, o lucro excedente não é aproveitado nem mesmo pela empresa dominadora do mercado (que muitas vezes apresenta lucros baixíssimos, podendo até viver no vermelho por algum tempo), mas destina-se a manutenção do monopólio. Essa situação gera uma enorme perda social; e 3) falta de estímulo à inovação dos produtos e novos meios de produção mais eficientes.

Deve, ainda, ser destacado, o fato de que os monopólios acarretam numa distribuição desigual da renda, pois o capital migra dos consumidores para a empresa monopolista, onde ficará concentrado e perderá seu valor social.

### **2.5.2. Oligopólios**

Os oligopólios são caracterizados por estruturas em que um pequeno grupo de empresas tem capacidade para dominar o mercado através de comportamentos e fixação de preços paralelos. É muito mais complicada a demonstração de existência de um oligopólio do que a de um monopólio. Haveria, no mínimo, dois requisitos básicos para a sua caracterização<sup>61</sup>.

O primeiro requisito, que é coincidente com o requisito encontrado no monopólio, é o de que um conjunto de empresas detenha o controle do mercado, podendo estipular preços e dominar a entrada de possíveis concorrentes.

No entanto, é também necessário que aquele grupo não tenha concorrência interna e que seu comportamento paralelo seja intencional. Essa é a parte mais complicada, pois há situações em que há grande concorrência entre aqueles que estão a dominar determinada fatia do mercado, o oligopólio nem sempre consiste em um cartel tácito. É necessário, para a precisa caracterização do oligopólio, que os preços estejam paralelos devido à troca de informações e à cooperação entre os oligopolistas e não devido a situações externas de mercado.

### **2.5.3. Cartéis**

---

<sup>61</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 135-145.

Tullio Ascarelli<sup>62</sup>, utilizando-se de fundamentos hobbesianos, afirma que é natural que as empresas queiram eliminar a concorrência, pois esta traz desgaste e obriga-as a baixar preços, investir capital e melhorar a qualidade dos produtos e serviços prestados. Tendo isso em vista, o autor indica duas principais formas de eliminação da concorrência.

A primeira delas foi apresentada no ponto 2.5.1., que trata dos monopólios. A monopolização do mercado é uma das formas de eliminação da concorrência, é a situação em que apenas um agente detém todo poder de mercado, eliminando ou neutralizando seus possíveis concorrentes.

Outra forma de neutralização da concorrência, que é muito mais prática e rápida do que a construção de um monopólio, se dá através de acordos horizontais entre empresas que, apenas atuando unidas, são capazes de dominar o mercado. É o que caracteriza os cartéis, em que os agentes fazem acordos entre si, buscando a padronização de preços e de qualidade dos produtos ou dos serviços prestados.

Paula Forgioni<sup>63</sup> cita Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto<sup>64</sup>, que ensinam que

(...) o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa econômica e financeira. (...) O cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor da atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, desta forma a eliminação do processo normal de concorrência.

Dentro do panorama do direito concorrencial brasileiro, tendo em vista especialmente o art. 20 da Lei 8.884, pode-se afirmar que só será caracterizado o cartel se o teor do acordo incidir sobre um dos incisos do referido artigo. É imprescindível que haja violação à ordem econômica, sendo que nem todos os acordos de cooperação podem ser considerados como cartéis.

Paula Forgioni, resumindo as ideias trazidas acima e buscando um conceito mais específico para o direito brasileiro, afirma que

<sup>62</sup>ASCARELLI, Tullio. *Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro* in: ensaios e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952. P. 223.

<sup>63</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 399.

<sup>64</sup>BARRETO, Celso de Albuquerque e BRANCO, Nelson de Azevedo. *Repressão ao abuso de poder econômico*. São Paulo: Atlas. 1964. P. 30.



os cartéis são acordos entre agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre eles e que tem seu objeto tipificado no art. 20 da Lei 8.884 de 1994<sup>65</sup>.

Há, em contrapartida, alguns argumentos utilizados pelos defensores dos cartéis (ou pelos menos de alguns cartéis). Segundo eles, de acordo com o panorama atual, de economia globalizada, e com a questão dos grandes blocos econômicos, em muitas situações os cartéis poderiam vir a ser benéficos para as economias locais. A explicação é que as empresas, sozinhas, não poderiam conquistar grande espaço no mercado internacional, mas que a partir de contratos de cartelização tornar-se-iam mais fortes e mais estáveis, podendo superar, inclusive, os altos custos por que passariam durante períodos de crise e recessão. Essa é uma questão umbilicalmente ligada àquilo que foi exposto no ponto 2.3., quando se tratou dos novos problemas relacionados ao direito concorrencial e ao novo panorama mundial, decorrente da globalização e da criação dos blocos econômicos regionais.

Utilizando do que foi exposto no ponto 2.1., pode-se chegar à conclusão de que o argumento apresentado no parágrafo acima corresponde ao pensamento liberal da Escola Neoclássica de Chicago. Apesar de pensar numa perspectiva, pelo menos imediata, de eficiência do mercado, não se pensa no sistema concorrencial como um todo e nas conseqüências que seriam trazidas pela legalização dos cartéis. Apesar de poderem, de alguma forma, trazer estabilidade às empresas durante períodos mais conturbados da economia, os cartéis não podem ser permitidos (salvo se houver real interesse nacional, em algumas poucas exceções), pois, como explicam os teóricos ordo-liberais, a longo prazo, o poder advindo desses contratos poderia fazer com que certas empresas e grupos econômicos passassem a ter grande influência política. Assim, apesar se um aparente benefício inicial ao consumidor, de forma mais mediata, seria possível um grave dano ao mercado livre e à concorrência.

Há uma tradicional exceção de cartel que pode ser autorizada pelos governos a fim de fomentar a economia do país perante o mercado internacional. Tratam-se dos cartéis de exportação, que são aqueles nos quais exportadores de uma mesma localidade atuam juntos (através de um cartel) para enfrentar a concorrência

---

<sup>65</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 400.

internacional. Nesses casos, é possível que exista uma autorização de não utilização da lei antitruste ou então algum tipo de isenção. A justificativa apresentada é a de que eles não impactam no mercado interno, tema concernente à questão já abordada no ponto 2.3., em que foram tratados os novos problemas e as novas situações do direito antitruste.

O caso dos “cartéis de exportação” é uma das situações em que se aplica a regra da razão (ou *rule of reason*, em inglês – vide o item 2.4.1.) no direito concorrencial norte-americano. No Brasil esses cartéis podem ser autorizados se tomado como base o art. 54 da Lei 8.884<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup>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.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 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 Seae.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

Mesmo esses cartéis, que são autorizados pelo poder público, devem ser controlados e regulamentados.

Esse é apenas um exemplo, mas nada impede que os governos nacionais, por algum interesse em incentivar a economia, permitam a cartelização em prol dos seus objetivos. No entanto, essa é apenas uma exceção que não pode, de maneira alguma, ser tomada como regra.

O cartel mais comum é o “cartel de preços”, no qual são estipulados tanto preços acima como abaixo da média do mercado, dependendo do fim que se pretenda. Ocorrem quando os agentes econômicos não deixam o preço decorrer da livre atuação das forças de mercado<sup>67</sup>.

Há dois tipos de cartéis de preço, os acordos celebrados por agentes econômicos que possuem poderio semelhante entre si e o *price leadership*.

No primeiro caso, nenhum dos agentes poderia, isoladamente, obter a posição dominante no mercado. Porém, se feito um acordo de cartel de preços, dois ou mais agentes podem tomar conta do mercado. Quando se refere a um cartel, normalmente estamos falando desse tipo de prática.

No segundo caso indicado, do *price leadership*, há uma empresa com posição dominante sobre as demais que, utilizando de algum meio coercitivo, força as outras empresas a seguirem os preços que por ela são estipulados. É um típico caso de posição dominante de mercado.

Há, ainda, a possibilidade de cartéis que versem não sobre a uniformização dos preços, mas dos produtos. A intenção dos agentes é, nesse caso, economizar capital com investimentos e melhoria de sua mercadoria. É prejudicial ao mercado,

---

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

<sup>67</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 403.

pois inibe uma dos principais objetivos da livre concorrência, que é o estímulo ao desenvolvimento de novos produtos e novas tecnologias.

Kurt Von Mirow<sup>68</sup> aponta a dificuldade existente na manutenção dos cartéis. O maior problema é que, por eles não estarem amparados pelo direito e, conseqüentemente, não contarem com a tutela do Estado (como ocorreria com um contrato lícito), os cartéis dependem da confiança entre os participantes. Esse fato causa um contínuo estado de desconfiança e mal estar entre aqueles que tomaram parte no acordo. Há, ainda, um grande gasto de tempo, pois são necessárias reuniões e discussões sobre os preços e decisões a serem tomadas. A perda social acaba sendo muita grande, pois, além da restrição da concorrência, os cartéis são extremamente caros e desgastantes, mesmo para aqueles que pretendem lucrar com esses acordos. No entanto, os argumentos trazidos acima, que indicam a instabilidade dos cartéis, não podem ser tomados a favor de sua legalização, pois, apesar de esses acordos terem normalmente uma curta duração, os danos à economia são gravíssimos.

Um dos possíveis meios de mascarar um cartel, como será visto a seguir é através de um contrato de joint venture (ponto 3.1.), como será explicado no ponto 3.2.

## **2.6. As práticas predatórias**

Práticas predatórias são aquelas realizadas por empresas ou sociedades que buscam atingir uma vantagem desleal no mercado. São os principais instrumentos para a monopolização, visam a derrubada de concorrentes e o bloqueio da entrada de novos competidores. Existem diversas práticas que podem ser consideradas predatórias, não se pode delimitá-las, pois, constantemente são criados novos mecanismos. Abaixo, serão elencadas algumas das principais e mais tradicionais.

### **2.6.1. Predação**

A predação ocorre quando o agente econômico utiliza de estratégias e práticas desleais com a finalidade de eliminar seus concorrentes diretos ou

---

<sup>68</sup>MIROW, Kurt Von. Op. Cit. P. 165-180.

possíveis. Diz respeito a um termo genérico que envolve vários tipos de condutas, dentre elas os preços predatórios e a predação tecnológica, que melhor analisaremos a seguir.

Trata-se de conceito complexo, pois, muitas vezes, práticas pró-concorrência confundem-se com práticas anticoncorrenciais. A baixa de preços de produtos, por exemplo, a princípio pode ser entendida como benéfica para a concorrência e, principalmente, para os consumidores, no entanto, pode também significar a prática de preço predatório, na tentativa de um concorrente eliminar o outro.

Calixto Salomão Filho<sup>69</sup> alerta, ainda, que nem sempre o mercado incentiva a predação, mas, mas a cooperação, seja ela por meios ilícitos (cartéis, por exemplos) ou por outros meios considerados lícitos pelo direito concorrencial. O direito brasileiro prevê a ilicitude dessas práticas no art. 21, XVIII, da Lei 8.884 de 1994<sup>70</sup>.

Esse tipo de prática é combatida, pois pode levar uma empresa a conquistar a posição de monopólio, passando a concentrar poder econômico. Se esta matéria fosse analisada através do princípio da eficiência neoliberal, poderia se entender que haveria aumento de eficiência e que a grande queda de preços seria algo benéfico. No entanto, examinando o problema a médio e longo prazo, é possível chegar a uma conclusão diversa, entendendo-se que é indesejável para o mercado que os concorrentes sejam eliminados e que o poder econômico fique concentrado nas mãos de apenas um agente.

#### **2.6.1.1. Preços predatórios**

Os preços predatórios ocorrem quando há queda brusca de preços de produtos ou serviços (que passam a estar abaixo de qualquer margem de lucro) realizados por agente que tenha a intenção de dominar o mercado e eliminar concorrentes. O prejuízo com a venda a preços irrisórios será compensado com a possibilidade futura de manipulação de preços e da qualidade dos produtos e serviços oferecidos. Deve haver planejamento empresarial estratégico voltado para

---

<sup>69</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003. P. 171.

<sup>70</sup>Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

esse fim<sup>71</sup>. O grande problema para a descoberta de preços predatórios decorre do fato de que, na maioria das vezes, a redução dos preços é interessante para o mercado e não prejudica o sistema.

Para a caracterização de preço predatório é necessário que aquela conduta coaja os concorrentes a abandonarem o mercado ou então que sejam forçados a submeter-se ao predador e às condições por ele estabelecidas. Assim, em suma, dois são os requisitos necessários para a devida caracterização dos preços predatórios: (i) prática de preços inferiores à margem de lucro; e (ii) possível eliminação dos concorrentes do mercado devido aos preços praticados.

### 2.6.1.2. Predação tecnológica

Essa prática tem sua previsão legal no art. 21, V, da Lei 8.884 de 1994<sup>72</sup>. Ocorre quando uma empresa investe capital em tecnologia para a melhoria de um produto ou serviço e deixa de repassar os gastos com o investimento para o preço oferecido no mercado. Pode ser considerada uma prática predatória, pois cria uma situação de concorrência desleal em que um produto superior ao outro é vendido pelo mesmo preço, fazendo com que os consumidores prefiram aquele.

Assim como ocorre na prática de preços predatórios, os prejuízos trazidos para o predador são recuperados quando ele passa a ocupar posição monopolista e impõe os preços e a qualidade dos bens oferecidos.

Um exemplo bastante citado na história do direito concorrencial para a demonstração da predação tecnológica é o da Microsoft<sup>73</sup>. A empresa, que iniciou suas atividades no começo da década de 80, desenvolveu o sistema operacional MS-DOS e vendeu-o para a IBM, que acabava de começa a vender os computadores pessoais (PC), sem cláusula de exclusividade. Isso significava que a Microsoft estaria livre para distribuir seu sistema operacional a outros fabricantes,

<sup>71</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003. P. 177.

<sup>72</sup>Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;  
(...)

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

<sup>73</sup>Citado por Calixto Salomão Filho em: *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003. P. 193-198.

sem que houvesse qualquer embargo para isso. Com essa grande vantagem, a empresa passou a vender seu sistema operacional a um preço bastante baixo para a maioria dos fabricantes de computadores pessoais. Em um curto período de tempo, ele já detinha o sistema operacional dominante no mercado, sendo utilizado pela maior parte dos usuários de computadores.

A fim de manter a posição dominante, a Microsoft passou a utilizar algumas estratégias comerciais que impediam a entrada de novos participantes. Fez isso através da *CPU license*, seu contrato padrão, onde os fabricantes de computadores tinham grande vantagem em comprar o sistema operacional da Microsoft em alta escala. O preço individual do produto passou a ser muito mais caro, incentivando a compra em massa.

Para reforçar ainda mais a sua posição dominante, a Microsoft começou a praticar predação tecnológica, inserindo incompatibilidades técnicas entre seus programas e os outros sistemas operacionais. Assim, o consumidor ficou inibido a utilizar outros sistemas operacionais além daqueles oferecidos pela Microsoft, pois a maioria de seus programas apresentava incompatibilidades com o sistema operacional dominante.

O episódio foi primeiramente contestado pelas autoridades coreanas em 1992 e em seguida pelas americanas. São situações bastante duvidosas e, no mínimo, questionáveis quanto a sua legalidade. Há que se ressaltar que essa não foi a única prática anticoncorrencial da Microsoft. Houve, também, episódios relacionados à imposição de sistema de acesso à Internet, à incompatibilidade do sistema operacional Windows e o Java, dentre outros.

### **2.6.2. Boicote**

O boicote ocorre quando sonégam-se matérias-primas essenciais aos competidores. Uma forma mais eficaz de boicote é conhecida como gangorra de abastecimento, quando uma empresa da qual outra depende para a produção de suas mercadorias passa a fazer um abastecimento irregular.

Um exemplo histórico analisado pelo CADE ocorreu com a companhia Saab-Scania, que instruía suas revendedoras a vender motores para as empresas

nacionais com o prazo de entrega maior do que um ano, evitando, dessa forma, concorrência indesejada<sup>74</sup>.

### 2.6.3. Difamação

A difamação é o ato contrário à publicidade. Ocorre quando uma empresa, buscando a posição dominante do mercado, denigre a imagem da outra para que esta diminua suas vendas e tenha sua imagem prejudicada.

É o que ocorreu, por exemplo, com a empresa de água mineral Lindóia. Nas vésperas do lançamento da água mineral produzida pela Nestlé (sob a marca Minalba)<sup>75</sup>, que é uma empresa multinacional de porte gigantesco, houve muitas notícias falsas de que as fontes da água Lindóia estariam poluídas, sem que houvesse as necessárias provas de tal situação.

É um mecanismo eficiente para empresas que possuem posição dominante e desejam manter seu monopólio intacto. Note-se que esse tipo de prática predatória é considerada bastante sofisticada, já que não há necessidade de alteração de preços ou qualidade de produtos ou serviços, basta, apenas que se tenha condições de espalhar boatos e notícias prejudiciais à imagem do concorrente.

### 2.6.4. Vendas casadas

As vendas casadas (também conhecidas como *tying arrangements*<sup>76</sup>) são negociações compulsórias impostas pelo agente econômico que tem posição dominante no mercado. Em nossa legislação, estão previstas no art. 21, inciso XXIII, da Lei nº 8.884 de 1994<sup>77</sup>. Consistem na imposição de venda coercitiva de dois ou mais produtos, sendo que um deles deve ter preço exorbitante, além do seu valor

<sup>74</sup>MIROW, Kurt Von. Op. Cit. P 171.

<sup>75</sup>Idem. P. 173.

<sup>76</sup>LILLA, Paulo Eduardo. *Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica* in: Revista de Direito da Concorrência, nº 10, abr. a jun./2006. Brasília: IOB. P. 13

<sup>77</sup>Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;  
(...)

XXIII - 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.



normal de mercado<sup>78</sup>. Ocorre, portanto, quando a venda de um produto ou prestação de um serviço está condicionada a uma segunda aquisição.

É importante notar que nem toda venda compulsória pode ser considerada como venda casada, pois em algumas situações esta venda combinada é natural e benéfica para o consumidor. Existem produtos, como os pares de sapatos, que consistem nos chamados bens compostos e não justificam a venda separada.

Em tese, praticamente todos os produtos podem ser divididos em peças menores, o que não significa, na grande maioria dos casos, uma venda casada, pois o conjunto acaba trazendo benefício econômico para o destinatário final (por exemplo, seria inviável economicamente a venda de carros sem as rodas).

A venda casada, para ser caracterizada, deve, necessariamente, estar relacionada à intenção de monopolização e de eliminação de concorrentes no mercado relevante. É uma questão bastante complexa para a autoridade antitruste identificar com clareza as situações em que a venda conjunta de dois produtos trata-se de prática ilícita.

A fim de resolver este problema, a Professora Paula Forgioni<sup>79</sup> ensina que a venda casada ocorre quando o comprador médio é obrigado a adquirir um produto que não deseja, tendo suas possibilidades de escolha reduzidas. Para que não seja considerada uma prática de ilícito concorrencial, o produto acessório tem que ser dependente do principal (como no caso do carro e de suas rodas).

Vendas casadas acontecem com periodicidade nos bancos, que quando fazem um empréstimo costumam obrigar o consumidor a adquirir outro produto, como um seguro de vida.

### **2.6.5. Dumping**

A definição legal de dumping no sistema brasileiro está prevista no art. 4º do Decreto nº 1.602 de 1995<sup>80</sup>. É a exportação de um produto abaixo de seu valor

---

<sup>78</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Conduas*. 1. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003. P. 224-225.

<sup>79</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 373.

<sup>80</sup>Art. 4º: Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de dumping a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de drawback, a preço de exportação inferior ao valor normal.

médio de mercado. O dumping, no entanto, só deve ser combatido quando trazer prejuízo ao mercado interno.

É regulado tanto por normas de direito nacional, como por normas de direito internacional. Começou com as escolas do *common law*, fato que trouxe alguma dificuldade de adaptação em sistemas do *civil law*<sup>81</sup>. Também por esse motivo a doutrina não costuma trazer traduções para o termo, utilizando-o em inglês.

Tendo em vista que se trata de tema recorrente no direito internacional, outra definição jurídica possível encontra-se no GATT 1947 em seu art VI:

The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry<sup>82</sup>.

Ocorre dumping quando um produto é vendido sem margem de lucro, normalmente abaixo do preço de custo.

Apesar de muitas divergências encontradas no conceito de dumping, Arruda<sup>83</sup> indica que “há sempre três ideias que estão presentes: (i) a de prática desleal de comércio internacional; (ii) a carga semântica pejorativa; e (iii) o emprego do vocábulo em inglês, sem utilização de qualquer tradução”.

Aquele que pratica o dumping tem dois principais objetivos: afastar seus competidores do mercado e impedir que nova concorrência participe.

---

<sup>81</sup>ARRUDA, Gustavo Fávoro. *Entendendo o dumping e o direito antidumping* in Revista de Direito Concorrencial, nº 7, jul a set./2005. P. 14.

<sup>82</sup>As partes contratantes reconhecem que o dumping, pelo qual produtos de um país são introduzidos no comércio de outro país abaixo do seu valor normal, deve ser condenado se causar ou ameaçar causar prejuízo material para uma indústria estabelecida no território da parte contratante ou retardar materialmente o estabelecimento de indústria doméstica (tradução livre).

<sup>83</sup>ARRUDA, Gustavo Fávoro. Op. Cit. P. 17.

### 3. As Joint Ventures

#### 3.1. O conceito de Joint Venture

Na literatura jurídica não há unanimidade quanto ao conceito de Joint Venture e nem há legislação específica sobre o tema no Brasil. Isso ocorre, pois as Joint Ventures, segundo o Professor Rubens Requião<sup>84</sup>, resultam da criatividade e da necessidade de novas soluções para as empresas. Não foram criadas por lei, mas sim pelas novas práticas de mercado, principalmente ligadas à globalização, como veremos a seguir. Uma das poucas peças legislativas nacionais que pode ser utilizada para tratar do tema de forma análoga é a Lei 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) na parte em que trata dos consórcios e que analisa a concentração econômica das empresas. Algumas outras regras podem ser encontradas nas normas atinentes à sociedade limitada.

Sua origem está na *common law*, principalmente no Direito Inglês, tendo derivado de outras duas instituições básicas daquele país: o *partnership* e a *corporation*, sendo que o primeiro é a forma mais antiga e foi muito utilizada pelas companhias inglesas na época das grandes navegações e da colonização nos séculos XVII e XVIII<sup>85</sup>. Daí que surgiu a expressão joint venture, que, numa tradução literal para o português, significaria algo como aventura conjunta, termo muito ligado às grandes navegações.

No século XX as joint ventures mais importantes estavam relacionadas à infra-estrutura, tais como as empresas petrolíferas e à indústria do aço.

Alguns autores tratam das Joint Ventures com conceitos mais específicos ou mais fechados, principalmente autores de países em que há legislação específica sobre o tema. No entanto, neste trabalho adotaremos o termo Joint Venture em seu sentido mais amplo, ou seja, significando uma união entre duas ou mais empresas ou sociedades<sup>86</sup> de forma contratual ou estatutária, para um fim econômico

---

<sup>84</sup>REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial – 2ºVolume*. 25 ed. atual. e ver. Por Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2007. P. 303.

<sup>85</sup>RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo* 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. P. 61 e p. 87.

<sup>86</sup>Adotaremos o conceito de sociedade trazido pelo Professor Alfredo de Assis Gonçalves em sua obra *Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do Novo Código Civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. P. 7, quando ensina que “sociedade é um negócio jurídico destinado a constituir um sujeito de direito, distinto daquele ou daqueles que

específico, bastante definido e, normalmente, por tempo determinado<sup>87</sup> (o que não necessariamente significa por pouco tempo). Já que a sua forma é aberta, sua liquidação depende do modelo adotado pelos participantes.

Edson Isfer<sup>88</sup> cita Leonardo Guimarães, que define o instituto como

um negócio, corporação ou sociedade, formado por duas ou mais companhias, indivíduos ou organizações, sendo que pelo menos um deles é uma entidade comercial que colima expandir suas atividades para conduzir um novo negócio mercantil.

Não há uma tradução exata para a expressão joint venture, no entanto, um termo com significado próximo em português, que serve principalmente nos casos de joint ventures contratuais, é “contrato de colaboração empresarial”.

Alguns autores, indicados por Marilda Rosado de Sá Ribeiro<sup>89</sup>, tentam trazer algumas classificações dos conceitos presentes nas Joint Ventures.

Sergio Le Pera<sup>90</sup> diz que as Joint Ventures têm, basicamente, as seguintes características: i) estão voltados para apenas um projeto de duração limitada; ii) têm contribuições e interesses em comum entre seus participantes; iii) buscam utilidade comum; iv) contribuem para as perdas; v) apresentam controle conjunto da empresa; e vi) costumam ter cláusula de não concorrência entre os participantes.

Outra classificação apresentada pela autora mencionada acima é a de Luiz Olavo Baptista<sup>91</sup> que, pesquisando na jurisprudência norte-americana, encontrou alguns fatores comuns em relações às joint ventures, especificamente as internacionais: i) origem contratual com ausência de forma específica; ii) associativas; iii) gestão conjunta dos participantes; e iv) duração limitada.

---

o produziram, com patrimônio e vontade próprios, para atuar na ordem jurídica como novo ente, como um organismo, criado para a realização de um finalidade econômica específica – ou, mais precisamente, para a prática de atos da vida civil, necessários a preencher os fins econômicos que justificaram a sua criação”.

<sup>87</sup>Autores como Rubens Requião entendem que as joint ventures sempre tem prazo determinado para liquidação. No entanto, a essa característica não será dada maior importância no presente estudo, pois qualquer sociedade empresária de prazo determinado pode passar a funcionar por prazo indeterminado se assim for o consentimento de seus sócios. A característica mais importante para um estudo comparado com o direito concorrencial é aquela que diz respeito ao fim econômico específico e à parceria entre dois ou mais agentes.

<sup>88</sup>ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais de responsabilidade limitada*. (Tese de doutorado). Universidade Federal do Paraná. 1994.

<sup>89</sup>RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. Op. Cit. P. 104.

<sup>90</sup>LE PERA, Sergio. *Joint Ventures y Sociedad*. Pp. 74-79. *Apud* RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. Op. Cit. P. 104.

<sup>91</sup>BAPTISTA, Luiz Olavo; DURAND-BARTHEZ, Pascal. *Les Associations d'Entreprises dans le Commerce International*. P. 19. *Apud* RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. Op. Cit. P. 104.

Tomaremos as joint ventures no seu sentido mais amplo, caracterizando-as como associações econômicas entre empresas com fulcro na obtenção de lucro e realização de atividades econômicas independentes, podendo ter as mais diversas formas societárias ou contratuais. Podem tanto assumir formas de uma nova empresa (onde é criada uma nova pessoa jurídica) ou funcionar a partir de um contrato empresarial, tal como o consórcio (caso em que não tem personalidade jurídica, onde os agentes continuam autônomos). A principal diferença entre as joint ventures e as demais associações empresariais é a de que elas exercem atividade econômica independente daquela exercida pelos seus participantes.

É muito complicado fazer qualquer tipo de classificação das joint ventures, já que elas têm forma bastante aberta e flexível, podendo funcionar como uma nova empresa ou sociedade (*corporate joint venture*) ou como um simples contrato (*non corporate joint venture*), dependendo do interesses das empresas e sociedade envolvidas<sup>92</sup>. Funcionando como uma nova empresa é mais comum que elas tenham a forma de sociedade limitada ou de sociedade anônima (lembrando sempre que a forma é aberta).

Normalmente, as joint ventures são criadas para o desenvolvimento de novos projetos industriais, pesquisas, atividades financeiras e prestação de serviços. O principal motivo que leva a empresa a realizar esse tipo de parceria é a limitação e compartilhamento dos riscos trazidos pela criação de um novo empreendimento empresarial. Muitas vezes as companhias pretendem explorar um novo mercado e, para isso, associam-se a outras empresas que já tenham algum *know-how* ou que já ofereçam algum outro tipo de produto ou serviço no mercado visado. É algo que pode ser interessante para ambas, pois aquela que explora um novo mercado está expandindo seus horizontes, enquanto que aquela que faz parceria dentro do seu próprio mercado ganha mais potencial e competitividade. Cada parte traz o que possui de melhor numa relação de baixo risco.

Os participantes das joint ventures são denominados de co-ventures e normalmente são pessoas jurídicas, mas nada impede a participação de pessoas físicas, apesar de esse fato não ser muito usual<sup>93</sup>. Eles não têm permissão para agir

---

<sup>92</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 333-334.

<sup>93</sup>REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial – 2º Volume*. 25 ed. atual. e ver. por Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2007. P. 305.

em nome dos demais. A representação se dá por delegação de poderes, que normalmente é limitada e bastante específica.

Como foi afirmado anteriormente, instrumentos de cooperação como as joint ventures são essenciais para a globalização e a internacionalização das empresas (independentemente do juízo de valores que se faça sobre essas questões). São bastante instrumentais quando se quer alcançar mercados externos com transferência de tecnologia e de capital. Tendo em vista sua flexibilidade e sua constante evolução, elas podem se amoldar muito facilmente às novas situações internacionais. Facilitam significativamente a entrada de empresas estrangeiras em países em que não atuavam anteriormente. Isso, pois, como foi afirmado acima, há redução do risco quando uma empresa que pretende atingir novos mercado se associa com outra que seja local naquela área desejada. É um meio que facilita a união de interesses e troca de recursos.

Segundo Maria Bernadete Miranda e Clóvis Antônio Maluf<sup>94</sup>, as joint ventures podem ser internacionais ou nacionais. As nacionais são aquelas formadas apenas por empresas de um mesmo país, enquanto as internacionais são formadas por empresas de dois ou mais países. Normalmente, elas têm objetivos distintos. As nacionais podem ser incentivadas para que um determinado país ganhe mais competitividade no cenário internacional, mesmo que para isso venha a existir algum risco na concorrência interna, pois duas ou mais empresas (dependendo do tipo de joint venture) estarão deixando de concorrer (pelo menos em algum determinado segmento) e passarão a dividir interesses comuns. Já nas joint ventures internacionais, o principal objetivo é a expansão das empresas com o risco menor do que se a empresa simplesmente abrisse uma filial na localidade desejada.

É possível, ainda, a formação de outro tipo de joint venture, que foi muito comum nos anos 70 no Brasil: é aquela decorrente de uma parceria entre ente privado e ente estatal<sup>95</sup>, inserido num novo modelo de atuação econômica do Estado, que passou a ser mais intervencionista (principalmente, no Brasil, na época

---

<sup>94</sup> MIRANDA, Maria Bernadete e MALUF, Clóvis Antônio. *O contrato de joint ventures como instrumento jurídico de internacionalização das empresas*. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/artigos/artigo18.pdf>. Acessado no dia 03/09/2009.

<sup>95</sup> SANTOS, Bárbara Mourão dos. *A Fiat no Brasil: da joint venture societária às joint ventures contratuais* in MENEZES Wagner (org). *Estudos de direito internacional: anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. 1.ed. 2. Tir. Curitiba: Juruá. 2006. P. 152.

da ditadura militar), num modelo conhecido como *Welfare State*. Um famoso caso foi a associação entre a Fiat S/A e o estado de Minas Gerais através de uma joint venture societária, iniciada no ano de 1973 e extinta em 1985. É interessante notar que no episódio mencionado o estado de Minas Gerais retirou-se da parceria no ano de 1985, porém a empresa Fiat S/A do Brasil continuou, mesmo com a ausência do capital estatal. Perceba-se que se trata de um típico caso em que a joint venture funcionou como “limitadora de riscos”, sendo que, depois da estabilização da empresa em Minas Gerais ela pôde funcionar autonomamente. Já o estado de Minas Gerais, que tinha como principal objetivo o fomento da economia local através de uma iniciativa flagrantemente neoliberal também obteve resultados positivos, pois a montadora fixou-se em suas terras e gerou empregos e novos contratos mercantis.

### **3.2. As joint ventures prejudiciais ao mercado**

As concentrações empresariais podem apresentar-se de três maneiras distintas: horizontais, verticais e conglomeradas<sup>96</sup>. As horizontais ocorrem entre agentes que anteriormente eram concorrentes, pois participavam do mesmo mercado relevante. As verticais acontecem quando empresas que não concorrem diretamente, mas participam da mesma cadeia produtiva se unem e passam a atuar juntas. Por fim, os conglomerados empresariais são caracterizados pela união de agentes econômicos que não tinham nenhum tipo de relação concorrencial, participando de mercados relevantes distintos.

Exemplificando o que foi exposto acima, temos que quando duas empresas produtoras de sabão passam a atuar juntas elas formam uma concentração horizontal; quando um fabricante de pneus funde-se com uma empresa do setor automobilístico temos uma concentração vertical; e quando uma editora de livros forma uma empresa em conjunto com um fabricante de materiais de limpeza temos um conglomerado.

Essas formas de concentração podem assumir as mais variadas formas contratuais e societárias, inclusive a de joint venture. Nem sempre serão

---

<sup>96</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004. P. 467.

consideradas ruins, pois, dependendo dos critérios utilizados e da situação do mercado relevante, podem ser favoráveis para os interesses concorrenciais.

Existem várias explicações para a concentração econômica a partir da criação de joint ventures: melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, redução dos gastos inerentes à criação de nova empresa, preservação das atividades de empresa prestes a falir, incentivos tributários ou, até mesmo, no caso que mais nos interessa no presente estudo, a neutralização da concorrência.

Para analisar o impacto de uma concentração é necessária a averiguação das barreiras a entrada de novos competidores por ela criadas. Existem alguns índices matemáticos apresentados pela doutrina. O direito brasileiro, no entanto, adota a portaria conjunta nº 50 do Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça como critério para identificação de concentração no mercado nacional.

A portaria indica o procedimento utilizado para elaboração dos pareceres sobre as concentrações horizontais. Segundo, Forgioni, sintaticamente, os passos a serem tomados são<sup>97</sup>:

- (i) Definição do mercado relevante;
- (ii) Determinação da parcela que permanece sob o controle das empresas analisadas, sendo que aquelas que não detiverem parcela muito alta não necessitarão de análise mais aprofundada;
- (iii) Exame da probabilidade de efetivo exercício do poder de mercado;
- (iv) Análise da eficiência econômica gerada pelo ato; e
- (v) Avaliação do benefício ou não daquela concentração.

Esse procedimento deverá ser combinado com o art. 54 da Lei 8.884 de 1994, que determina que a empresa a ser analisada deva participar de uma fatia de até 20% do mercado relevante ou em qualquer hipótese que fature mais de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) por ano. Fica claro que a primeira limitação apresentada destina-se às concentrações verticais e horizontais, pois só elas agregam o conceito de mercado relevante. Já a segunda classificação se aplica inclusive aos conglomerados<sup>98</sup>. Igualmente, ainda, ficarão sujeitos ao exame do CADE os atos que prejudiquem a livre concorrência de alguma maneira ou que

<sup>97</sup>Idem. P. 491.

<sup>98</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 279.



resultem na dominação do mercado. Dessa forma, os critérios apresentados pela legislação são complementares entre si.

Se as joint ventures, no ato de sua constituição, incidirem sobre um dos requisitos apresentados acima, também poderão ser analisadas pelo CADE e podem ser consideradas concentrações econômicas indesejadas pelo sistema concorrencial.

No entanto, a joint venture, apesar de sempre caracterizar uma concentração empresarial (podendo se apresentar na forma vertical, horizontal ou conglomerada), não necessariamente constitui atividade ilícita. Muitas vezes, inclusive, pode representar uma atividade favorecedora da concorrência e da competição entre os agentes econômicos. Isso ocorre quando elas se apresentam como alternativa eficiente às concentrações horizontais mais graves. Nos mercados de escala, para o fomento da economia, há necessidade de especialização e aumento da produção, que requerem mudanças estruturais nas empresas. A opção por uma fusão (procedimento em que duas empresas se unem formando uma nova), por exemplo, poderia trazer malefícios à concorrência naquele mercado, pois criaria um novo grupo com grande poderio econômico. Em contrapartida, dependendo da situação, seria possível a criação de uma joint venture, com atividade econômica mais específica, em que haja a associação dos agentes apenas na distribuição, promoção, pesquisa ou desenvolvimento. A joint venture pode ser considerada, nesses casos, como uma opção intermediária, mais amena, em que os participantes cooperam em determinadas áreas do mercado relevante, mas mantêm a sua autonomia global<sup>99</sup>.

Assim, num primeiro momento, podemos concluir que as concentrações econômicas, tais como as joint ventures, não podem ser sempre consideradas atividades ilícitas e indesejadas pela economia, dependendo do seu nível de concentração (e da possibilidade de poder de mercado dos participantes) e da política econômica vigente, podendo incidir sobre uma das possibilidades de válvula de escape (apresentadas no ponto 2.4.). As empresas não efetuam atos de concentração apenas com a finalidade de dominação do mercado, mas também para impulsionar seu desenvolvimento técnico e econômico.

---

<sup>99</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002. P. 283.

Cabe, agora, analisar quais são as possibilidades de joint ventures prejudiciais ao mercado, que consistem, basicamente, naquelas em que há a criação de poder de mercado.

A joint venture é formada por duas ou mais empresas ou sociedades para exercer uma atividade econômica distinta ou semelhante daquelas exercidas pelas co-ventures. Na hipótese de exercício de atividade coincidente entre a joint venture e as empresas participantes, pode ser causada situação maléfica para o mercado, com todas elas agindo em conjunto, buscando a maior eficiência e lucratividade da joint venture, podendo haver, portanto, um comportamento cooperativo por indução e não de forma natural, como é desejado num mercado de concorrência perfeita.

Caracterizada a joint venture, economicamente independente (já que essa é uma de suas características inerentes), para que ela seja considerada prejudicial ao mercado, é necessário que as empresas participantes atuem no mesmo mercado relevante ou, então, sejam integrantes da mesma cadeia produtiva. Nesses casos, não fará sentido econômico para nenhuma das participantes agir de outra forma que não a cooperada, caracterizando e ocultando, assim, um cartel de preços. Se elas agissem no interesse do mercado e a favor da concorrência tirariam lucratividade e resultados umas das outras. É bastante provável que seus participantes venham a realizar acordos sobre preços e quantidades, para que haja maximização dos lucros.

Essa cooperação acabaria inibindo melhorias tecnológicas e formas de produção mais eficientes, levando a uma séria suspeita de formação de cartel. Calixto Salomão Filho<sup>100</sup> traz apenas uma exceção a essa hipótese, quando a joint venture cooperativa existe para realização de um empreendimento que seria impossível e inviável de outra forma.

Para exemplificar o que foi exposto, tomemos uma decisão do CADE acerca da formação da joint venture de comércio eletrônico PLATA. Segue a ementa do acórdão do processo do CADE nº 08012.002335/2000-43:

Joint venture de comércio eletrônico denominada PLATA, destinada à comercialização de serviços ligados ao turismo, tais como: distribuição de passagens aéreas, locação de automóveis, reserva de hotéis, venda de pacotes turísticos, etc. Mercado relevante: mercado nacional de serviços de comercialização de passagens aéreas. Pequena elevação de participação de mercado. Setor pulverizado. Preocupação de que a operação gere um ambiente

---

<sup>100</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores:São Paulo. 2002. P. 336.

propício para o exercício de poder de mercado nos demais seguimentos de atuação das Requerentes, especialmente no tocante às Informações sobre a disponibilidade de assentos e demais dados comerciais sobre horários, rotas, vôos, desempenho de vendas, etc. Necessidade de que as Requerentes atuem de forma autônoma no mercado de venda de passagens aéreas, de maneira que não ocorra a integração horizontal que confira a faculdade de exercício abusivo de poder de mercado por parte das requerentes. Apresentação tempestiva. Operação aprovada com a determinação de ser Requerentes e/ou à empresa ora constituída, afastando a possibilidade de ocorrência da figura do interlocking directorate no preenchimento dos cargos executivos Joint-venture, com o intuito de evitar a comunicação de dados e Informações de natureza operacional entre as empresas concorrentes. Determinação de que seja encaminhado ao CADE o estatuto da nova empresa, dentro do prazo de 15 dias, contados a partir de sua criação, comprovando a adequação do estatuto aos termos propostos na "Carta de Intenções", na peça vestibular apresentada pelas requerentes, e no voto do Conselheiro Relator. Operação poderá ser revista pelo CADE se não forem alcançados os benefícios visados ou for constatada a falsidade ou enganosidade das informações presididas pelas requerentes (Lei 8.884/94, art. 55), especialmente quanto às características da Joint-venture (independência, caráter aberto e neutralidade) e a afirmação de ausência de troca de informações comerciais (exceto daquelas disponíveis publicamente) sobre os negócios de cada requerente. Determinação no sentido de que a presente decisão seja disponibilizada no PLATA, de modo permanente, em ícone próprio, a fim de qual qualquer interessado possa perceber que possui recurso legal contra eventual conduta anticoncorrencial que possa vir a ocorrer<sup>101</sup>.

No caso em análise, pode-se concluir que o CADE, apesar de aprovar o ato de concentração acarretado pela formação da joint venture PLATA, impõe algumas restrições, a fim de se garantir a independência da nova empresa. Há, claramente, preocupação de que a joint venture formada venha a beneficiar suas participantes, pois as co-ventures são duas empresas aéreas: a TAM Merdional e a Varig, existindo risco de cartel oculto. O CADE, cumprindo com suas atribuições, impôs restrições à formação do novo grupo, sendo que ele será reavaliado futuramente para que se verifique se vem cumprindo sua função de forma autônoma.

---

<sup>101</sup>Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6> no dia 19/10/2009.

#### 4. Conclusão

O direito concorrencial não pode mais ser visto da mesma forma. O mundo mudou e, por conseguinte, o direito deve acompanhar estas mudanças. Vimos que a prática empresarial criou novos mecanismos para suprir suas necessidades e para obter maior eficiência e lucratividade nos seus empreendimentos. A globalização fez surgir um novo panorama mundial, onde a concorrência não ocorre mais apenas internamente, mas também entre grandes blocos econômicos e super potências.

Não se pode mais ver o antitruste apenas a partir do mercado interno, hoje existe a problemática das economias de escala, que impõe seu modo de produção aos outros Estados.

No presente estudo fizemos três principais análises. Num primeiro momento, discorremos sobre a importância do conceito de mercado adotado, que traz consequências drásticas no entendimento do direito concorrencial. Adotamos a ideia de que o mercado não pode se auto-regular, agindo através de uma “mão-invisível”, como queriam os liberais. Ressaltamos a importância da intervenção do Estado na economia e na fiscalização aos agentes econômicos.

Em seguida, tratamos do direito concorrencial, analisando as principais teorias que o estudaram, adotando a ordo-liberal de Freiburg como condutora do presente estudo, não obstante a grande importância teórica da Escola Neoclássica de Chicago. Discorremos, então, sobre as principais peças legislativas que já trataram do tema no Brasil e analisamos os principais pontos teóricos relevantes do direito concorrencial para a presente monografia. Passamos, então, a analisar as práticas predatórias e as formas de dominação de mercado.

Analisando as joint ventures, chegamos à conclusão de que elas podem assumir, basicamente, duas formas: contratuais ou empresariais. Elas têm como fim o exercício de atividade econômica independente daquelas exercidas por seus participantes. Podem caracterizar prejuízo ao mercado quando formam concentrações abusivas, nos termos do art. 54 da Lei 8.884 de 1994 ou quando são considerados contratos de cartelização ocultos, em que os participantes exercem a mesma atividade econômica da joint venture e não tem interesse na concorrência.

## Referência Bibliográfica

- ARRUDA, Gustavo Fávaro. *Entendendo o dumping e o direito antidumping* in Revista de Direito Concorrencial, nº 7. IOB/CADE: Brasília. 2005.
- ASCARELLI, Tullio. *Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro* in: ensaios e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952.
- BARRETO, Celso de Albuquerque e BRANCO, Nelson de Azevedo. *Repressão ao abuso de poder econômico*. São Paulo: Atlas. 1964.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- BULGARELLI, Waldírio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Estado, mercado, democracia: existe uma perspectiva latino-americana? In *Estado, Mercado e Democracia*. Org. Lourdes Sola. Paz e Terra: São Paulo. 1993.
- DÍAS- CAÑABATE, Joaquín Garrigues y. *Problemas atuais das Sociedades Anônimas*. Porto Alegre: Fabris. 1982.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial (as telecomunicações)*. Livraria Paulista: 2003.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2004.
- GALVÊAS, Ernane. O Direito de Concorrência. In: *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos*. América Jurídica: Rio de Janeiro. 2003.
- GONÇALVES, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do Novo Código Civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- HAYEK. F. A. *Individualism and Economic Order*. The University of Chicago Press: Chicago. 1948.
- IRTI, Natalino. Persona e mercato. *Rivista di Diritto Civile*, ano XLI, n.3. Padova, Cedam, mar-giu. 1995.
- ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais de responsabilidade limitada*. (Tese de doutorado). Universidade Federal do Paraná. 1994.
- LENINE, Vladimir Ilitch. *O Imperialismo, Fase Superior do Capitalismo*. Trad. Editorial Progresso, Lisboa-Moscovo, 1984.

LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. In: *Revista de Direito da Concorrência*, n. 10. IOB/CADE:Brasília. 2006.

MIRANDA, Maria Bernadete e MALUF, Clóvis Antônio. *O contrato de joint ventures como instrumento jurídico de internacionalização das empresas*. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/artigos/artigo18.pdf>. Acessado no dia 03/09/2009.

MIROW, Kurt Von. *A Ditadura dos Cartéis: Anatomia de um subdesenvolvimento*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro. 4. ed. 1978.

NUNES, Rubens. Os limites da Política de Defesa da Concorrência: Sobre o Conceito de Mercado. In: *Revista de Direito Concorrencial*, n. 5. IOB/CADE: Brasília. 2004.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. 1. Ed. Livraria Almedina: Coimbra. 2001.

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

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial – 2º Volume*. 25 ed. atual. e ver. Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 2007.

RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo* 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra, Almedina, 1989.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2002.

SANTOS, Bárbara Mourão dos. A Fiat no Brasil: da joint venture societária às joint ventures contratuais. In. *Estudos de direito internacional: anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Org. MENEZES, Wagner 1.ed. 2. Tir. Curitiba: Juruá. 2006.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Direito e Economia na Legislação Concorrencial*. In: *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos*. América Jurídica: Rio de Janeiro. 2003.