

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

AS “VÁLVULAS DE ESCAPE” DO SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO

CURITIBA

2005

FÁBIO DE PAULA YAMASAKI

AS “VÁLVULAS DE ESCAPE” DO SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Edson Isfer

Co-orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2005

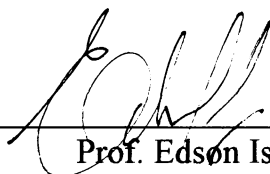
TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO DE PAULA YAMASAKI

AS “VÁLVULAS DE ESCAPE” DO SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO

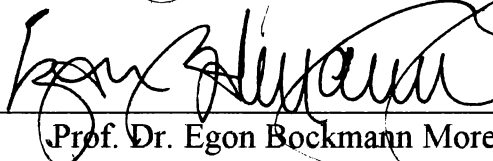
Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



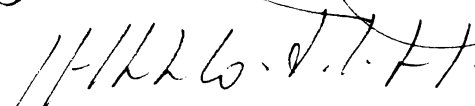
Prof. Edson Isfer

Co-Orientador



Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Professor:



Prof. Dr. Manoel Eduardo A. Camargo e Gomes

RESUMO

A lei antitruste precisa ser flexível para se adequar à realidade econômica que pretende regular. O sistema antitruste brasileiro tem como objetivos imediatos a proteção da concorrência, como instituição, e dos interesses do consumidor. A estrutura da lei é ampla o suficiente para enquadrar qualquer ato que tenha por efeito ou objeto danos à concorrência. Como instrumentos de flexibilização das normas antitrustes estão as válvulas de escape, que são mecanismos que permitem a não-aplicação de tais normas, vez que determinadas práticas, ainda que anti-concorrenciais podem ter efeitos benéficos. Na legislação brasileira, o principal destes mecanismos encontra-se positivado no art. 54 da lei nº 8.884/94, que permite que práticas consideradas ilícitas possam ser aprovadas, quando os benefícios decorrentes assim justificarem.

Palavras – chaves: antitruste, concorrência, válvulas de escape, autorizações, posição dominante.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. O SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO VIGENTE	2
2.1 Objetivos da Lei Antitruste	3
2.2 Estrutura da Lei Antitruste	9
3. MODALIDADES DE ILÍCITO ANTITRUSTE	15
3.1 Consideração Prévia Necessária: Poder Econômico e Posição Dominante	15
3.2 Abuso de Posição Dominante	18
3.3 Acordos entre Agentes Econômicos	22
3.3.1 Acordos Horizontais	23
3.3.2 Acordos Verticais	25
3.4 Atos de Concentração	28
3.4.1 Concentrações Horizontais	32
3.4.2 Concentrações Verticais	32
3.4.3 Concentrações Conglomeradas	34
4. AS "VÁLVULAS DE ESCAPE"	35
4.1 A Regra da Razão	37

4.2 Isenções	39
4.3 Mercado Relevante	42
5. AS AUTORIZAÇÕES NA LEI 8.884/94	48
5.1 Atos sujeitos ao art. 54	49
5.2 Requisitos para aprovação	53
5.3 Os Compromissos de Desempenho	55
5.4 Eficácia Retroativa das Decisões do CADE e o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação	58
6. CONCLUSÃO	60
7. BIBLIOGRAFIA	62

1. INTRODUÇÃO

A atual lei de defesa da concorrência, Lei nº 8.884/94, mostra-nos que durante esse período houve o aumento do espaço dedicado ao antitruste no Brasil, em parte decorrente da evolução do sistema capitalista, que, em determinados períodos, vê-se envolto em processos de concentração de grandes agentes econômicos, e parte em virtude da consolidação de um histórico de experiência antitruste no Brasil a partir da promulgação da referida lei.

Outrossim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), também tem ganho maturidade e experiência em suas decisões, bem como, recentemente, tem diversificado sua atuação, antes quase restrita e voltada aos controles de concentração, para deitar os olhos também sobre as condutas dos agentes econômicos e acordos celebrados.¹

Por se tratar de uma lei que visa a disciplinar a realidade econômica, e sendo esta maleável, flexível e com nuances que lhe são característicos, também seus instrumentos devem estar aptos a compreender a realidade na qual serão aplicados. Desta necessidade surgem as ‘válvulas de escape’ da legislação antitruste, que são mecanismo que permitem o afastamento das normas de defesa da concorrência em determinadas situações. Ao estudo de tais mecanismos dedica-se o presente trabalho.

Trabalhou-se primeiro a regra, depois a exceção a ela, de modo que os dois primeiros capítulos englobam uma visão geral da legislação antitruste, seus objetivos e principais modalidades de ilícito antitruste, o terceiro capítulo apresenta o tema ‘válvula de escape’ e sua utilização a partir de fundamentos que não sejam regras expressas na lei, enquanto o quarto e último capítulo se ocupa do principal mecanismo de ‘válvula de escape’ da Lei nº 8.884/94, o seu art. 54.

¹ Cf. FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 144.

2. O SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO VIGENTE

A legislação antitruste no Brasil não é inovação trazida pelo legislador em 1994, mas se encontra no sistema jurídico pátrio desde 1945, com o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho daquele ano,² ao qual se seguiram outros diplomas legais, tais como as leis nºs 4.137/62 e 8.158/91, que foram revogadas pela lei atual,³ e a lei que estabelece os crimes contra a ordem econômica, de nº 8.137/90, ainda em vigor. Entretanto, prescindir-se-á de uma análise histórica vez que incompatível com os estritos limites de uma monografia.

Contudo, somente com o advento do diploma legal atualmente em vigor – que, não obstante os avanços que trouxe à matéria, ainda carece de apuração legislativa⁴ –, bem como com a consolidação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, SDE – Secretaria de Defesa Econômica e SAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, é que ganhou corpo e relevância, tanto para a doutrina quanto para o público em geral, o direito antitruste.⁵

Desse modo, para prospectar as bases do direito concorrencial no Brasil é indispensável que se considere a ordem econômica instaurada pela constituição de 1988, uma vez que já no art. 1º da legislação antitruste percebe-se que “as regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada

² Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.18. Entretanto, há quem considere o ano de 1938 como marco inicial de normas antitruste no ordenamento brasileiro, p. ex. COMPARATO, Fábio Konder. *Concorrência Desleal*. RT 375/29.

³ Art. 92, Lei 8.884/94

⁴ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 24-25.

⁵ Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino, op. cit., p.24 e FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 144. De fato, desde a criação do CADE, em 1962, até 2000, 74% das decisões tomadas pelo CADE ocorreram no período compreendido entre 1996-2000, o que reforça a idéia de que com a nova norma antitruste foi finalmente absorvida pela doutrina nacional a relevância de normas concorrenciais. Quanto aos dados, cf. OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 9

pela Constituição de 1988”, nas palavras do professor Eros Roberto Grau ⁶, para o qual “ela [a lei n. 8.884/94] não é, meramente, uma nova lei antitruste,” mas “trata-se de lei voltada à preservação do modo de produção capitalista”.⁷

Vale dizer, ao invocar princípios constitucionais outros que não apenas a livre iniciativa e a livre concorrência,⁸ resta clara a opção do legislador em definir o caráter instrumental das normas concorrenciais, inserindo-as no contexto da Constituição Federal, o que permite a visualização de objetivos outros da legislação que não apenas a manutenção de uma ordem concorrencial.

Mantendo-se o olhar tanto na legislação quanto no sistema constitucional em que se insere, buscaremos analisar os objetivos da lei antitruste e a estrutura que a forma.

2.1 Objetivos da Lei Antitruste

Antes que se inicie uma rápida busca dos objetivos que pretende a legislação antitruste perseguir, é necessário lembrar que não se pode considerar uma lei como apartada do contexto em que foi criada, o que inclui o momento histórico em que foi elaborada e o conjunto de normas superiores às quais se reporta. Ou seja, uma determinada legislação não possui, nunca, um fim em si mesma, nem se limita a seus objetivos imediatos, mas persegue certos objetivos de forma mediata – referentes ao

⁶ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 8ªed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 192-193.

⁷ *Ibid.* p. 191. Com efeito, para o citado autor, “a legislação antitruste faz exemplo bem marcado de medida de constituição e preservação do modo de produção capitalista”, conforme as quatro categorias de atividade estatal identificadas por Hårbemas, em *Legitimationsprobleme im Spakapitalismus*.

⁸ Existe uma relação de complementaridade entre esses conceitos, pois como observa L.G.P.B LEÃES: “Com efeito, a livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos distintos, se bem que complementares. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas. Já o conceito de livre concorrência é um conceito instrumental daquele, significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços dos bens ou serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa no mercado” (*O dumping como forma de abuso do poder econômico*”, in *Revista de direito mercantil* 91 (jul-set 1993), p. 5, apud SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 36. Cf., também, GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 191

sistema em que se encontra –, o que lhe confere, portanto, um caráter instrumental, bem definido por Paula Forgioni:

O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art.173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, em obediência ao caput do art. 170 e ao art. 3º.⁹

Conclui a autora dizendo que “no Brasil, a tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma e poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir”.¹⁰

Possui, portanto, a legislação antitruste um inegável papel de aplicação e efetivação de políticas públicas,¹¹ que pode ocorrer tanto por meio da aplicação das normas antitruste, quanto pela sua não-aplicação. Como exemplo, Paula Forgioni cita a existência dos conglomerados japoneses denominados *Keiretsu*, sobre os quais não recai qualquer tipo de controle de concentração. No caso japonês, a não aplicação das normas de defesa da concorrência representa a opção pelo fortalecimento das empresas nacionais, criando-se uma “blindagem” praticamente impenetrável aos competidores norte-americanos e europeus.¹²

Entretanto, a autora, em seguida, observa que “os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o

⁹ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 191.

¹⁰ Ibid., p. 193.

¹¹ Incluem-se nas políticas públicas as políticas econômicas.

¹² Cf. Ibid., p. 196. Com efeito, os denominados *keiretsu* são conglomerados empresariais que controlam desde a produção da matéria-prima à venda do produto final, englobando todas as etapas intermediárias de produção e distribuição do produto.

o livre mercado”.¹³ Efetivamente, causaria espécie qualquer norma que não fosse instrumental da *dignidade da pessoa humana*, assim, afirmar que o escopo das normas de defesa de concorrência é a promoção de uma *existência digna*, parece-nos vago demais, e, portanto ineficaz. Não se afirma que se deixe de lado o inc. III do art. 1º da CF/88, mas que sua prossecução por todos os diplomas legislativos pátrios não é algo que se discute, pois já imbuído até mesmo no senso comum.¹⁴

Desse modo, temos que os objetivos mediatos da legislação antitruste são os mesmos perseguidos pela República, bem como por todas as disposições normativas emanadas de qualquer órgão legiferante do país. Todavia, não se nos bastam tais objetivos. É necessário que se busque também os objetivos imediatos das normas concorrenciais, que devem possuir um contorno sólido.

Para que possamos continuar a tratar dos objetivos, agora os imediatos, da lei antitruste é necessário que se faça rápida incursão no pensamento das principais escolas que trataram sobre o tema: Escola de Harvard, Escola de Chicago e Escola Ordo-Liberal ou Escola de Freiburg.¹⁵

Para a Escola de Harvard, a concorrência é um fim a ser buscado em si mesmo, é dizer, importa evitar concentrações excessivas de poder econômico por meio da existência de diversos agentes econômicos no mercado. Releva, portanto, a existência de concorrência.

¹³ FORGIONI, Paula A., op. cit., p.191.

¹⁴ Trata-se de adequação ao presente estudo do raciocínio de Luis Roberto Barroso, ao comentar o art. 368 do Anteprojeto de Constituição, que possuía a seguinte dicção: “É garantido a todos o direito, para si e para sua família, de moradia digna e adequada, que lhe preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar”. Comenta o citado autor: “Ninguém, em sã consciência, seria contra o fato de todos terem moradia digna. Mas esta não é uma conquista que se possa obter por via de norma jurídica. (...) Assim, tal norma constitucional não poderia ser cumprida e a Constituição, enquanto documento jurídico, restaria desmoralizada.”. Aduz, ainda: “Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. (...) Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador.” *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Renovar, p. 283 e 296.

¹⁵ Cf. em relação às duas primeiras, FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 167 e ss, em relação às três, SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas...*, p. 22 e ss.

A Escola de Chicago, também conhecida como neoclássica, alça como valor fundamental a ‘eficiência’, cujo objetivo último seria a redução de custos ao consumidor. A produção eficiente prevalece até mesmo em detrimento da concorrência, admitindo, portanto, os pensadores de Chicago, ambientes monopolísticos e restritivos à concorrência, tudo em favor da eficiência na produção e, em consequência – ao menos para os teóricos –, na redução dos custos ao consumidor.¹⁶

A Escola Ordo-Liberal, ou de Freiburg, surge como principal crítica à Escola de Chicago, e tem como valor a possibilidade de escolha por parte do consumidor, que vai refletir na verificação de barreiras à entrada de outros competidores no mercado. Vale dizer, não se trata da verificação da existência da concorrência em si, como na Escola de Harvard, mas na existência de concorrência potencial.

Enquanto a Escola de Chicago tem como preocupação os ganhos em eficiência para se produzir por um custo menor, os ordo-liberais ocupam-se com que essa redução de custos atinja o consumidor. Tal discussão aflorou no direito brasileiro na atual legislação antitruste, notadamente no art. 54, §1º, inciso II, que estabelece como critério para aprovação de concentrações, além dos ganhos em eficiência,¹⁷ que estes “sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outros”.¹⁸ Ou seja, a legislação brasileira incorpora tanto o conceito fundamental da Escola de Chicago, a maximização da eficiência, quanto o dos teóricos ordo-liberais, que inclui a preocupação com que a eficiência adquirida seja efetivamente repassada aos consumidores, e não apenas teoricamente.

Assim, podemos tentar busca os objetivos que da Lei antitruste, e quais os interesses que ela visa proteger.

Ao incorporar simultaneamente conceitos dos teóricos neoclássicos e ordo-liberais,

¹⁶ A crítica principal que se faz a essa teoria é a existência de situações em que a máxima eficiência é encontrada em regime de produção monopolista (graças a fatores como, p.e., a produção em massa), mas cuja redução de custos não é repassada ao consumidor, ao contrário, aumenta-se a margem de lucro do monopolista.

¹⁷ Art. 54, §1, inc. I, alínea c, da Lei nº 8.884/94.

¹⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas...*, p. 33.

a legislação antitruste deixa entrever, ao menos, dois objetivos claros, verificáveis já no corpo da legislação – sem que se adentre em normas constitucionais – quais sejam, livre concorrência e proteção ao consumidor.¹⁹

Com efeito, a preocupação com o consumidor advém de duas escolas: de Chicago surge a preocupação com a eficiência (que bastaria para proteger os interesses dos consumidores), enquanto para os ordo-liberais a proteção aos interesses do consumidor somente teria efetividade com a presença, ao menos potencial, de mais competidores no mercado.²⁰

Não se pode, entretanto, cogitar que, devido ao fato de a existência de concorrência figurar como subordinada à proteção aos interesses dos consumidores, seja a mesma de somenos importância. É que não se pode retirar do sistema concorrencial a proteção aos interesses também dos concorrentes, vez que a eles também se destinam as normas concorrenciais. Mais, não são necessariamente conflitantes os interesses dos consumidores e dos concorrentes, mas instrumentais.²¹⁻²²

É dizer, a legislação antitruste possui como escopo a defesa da concorrência, e, ainda que se esteja de acordo com Paula Forgioni, ao afirmar que “a tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma”,²³ possuindo como fim maior a promoção da dignidade da pessoa humana, objetivo que, como salientamos, resta

¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 36. A proteção a esses dois interesses já foi destacada ainda no contexto da lei nº 4.137/62, por COMPARATO, Fábio K., *op. cit.* Ivens Gandra coloca a proteção a esses interesses como objetivos da própria ordem econômica, e não só da legislação antitruste, v. MARTINS, Ivens Gandra da Silva. *Direito à Concorrência in Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Coord. Marcos da Costa; Paulo Lucena de Menezes; Rogério Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 65.

²⁰ Ou seja, com a existência de concorrência potencial, Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas*, *op. cit.*, p. 33.

²¹ Cf. *Ibid.*, p. 35, observa o autor que “sob essa perspectiva, a resolução de eventuais conflitos que possam aparecer em casos específicos se resume a verificar, relativamente a uma determinada situação, que interesse o legislador considerou predominante e se a proteção desse interesse é passível ao menos em tese de ser instrumental à proteção remanescente.” Em outra passagem, assevera o autor que “muitas vezes é através da proteção da ‘instituição’ concorrência que o seu interesse [do consumidor] será protegido. *Ibid.*, p. 71.

²² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.75-104.

²³ *Ibid.*, p. 193.

sobremaneira vago, ou mesmo, a proteção ao consumidor, é necessário que não se perca de vista a proteção à ordem concorrencial.²⁴

Definir tais objetivos como os fins a serem buscados, ao menos imediatamente, pela legislação antitruste é conferir-lhe contornos mais palpáveis, que permitem maior facilidade e segurança na sua aplicação, o que constitui, com certeza, obstáculo mais difícil de se transpor que a definição de promoção da dignidade da pessoa humana. Somente assim é possível que a matéria concorrencial seja tratada de forma séria e dedicada, pois evitam-se arroubos de aplicação antitruste, ou, até mesmo, de sua não-aplicação.

Por fim, como não se pode nos escapar o contexto em que foi criada a legislação de 94, vale lembrar que era um momento em que o país iniciava a reforma gerencial do Estado acompanhada de uma maior liberalização da economia nacional. É dizer, enquanto nas legislações anteriores à vigente restava bem marcado o caráter instrumental das normas concorrenciais, que possuíam o escopo de defesa da economia popular²⁵ – compatível com o Estado interventor na Economia –, a nova norma antitruste surge em um contexto diverso, no qual o Estado busca retirar-se da intervenção direta na economia, passando de Estado-interventor a Estado-regulador.

Nesse sentido, a transformação do CADE em autarquia,²⁶ concedendo-lhe maior liberdade de atuação, e consagrando-se definitivamente como órgão técnico, caminho que viria a ser trilhado também pelas Agências reguladoras.²⁷

²⁴ Diversos autores elencam a proteção à concorrência como primeiro fim da legislação concorrencial, entre eles DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: 2003, p. 321: “tem a Lei 8.884/94 por finalidade defender a livre concorrência por meio da repressão e prevenção ao abuso do poder econômico nos mercados de bens e serviços” e, também, CUÉLLAR, Leila: “A legislação antitruste é um conjunto de regras e instituições cujo objetivo é proteger a concorrência, concebida como princípio de base da ordem econômica, declarando ilícitas as práticas e contratos que a restringem”. *Abuso de Posição Dominante no Direito da Concorrência Brasileiro in Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 37.

²⁵ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 191 e OLIVEIRA, Gesner, op. cit., p. 2.

²⁶ Antes da atual legislação o CADE era órgão ligado ao Poder Executivo.

²⁷ Quanto a essas não entraremos no mérito da discussão do denominado déficit democrático nelas existentes, nem tampouco se possuem, atualmente, caráter mais político que técnico. Entretanto, buscamos atribuir-lhe o sentido que lhes foi conferido pela Reforma Gerencial.

Assim é que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, instituído pela legislação de 94, conferiu maior poder ao CADE, transformando-o em autarquia, cujas decisões possuem caráter técnico,²⁸ mantendo-o ao lado das Secretarias de Defesa Econômica e de Acompanhamento Econômico, ligadas ao poder executivo.

Podemos dizer que vive a legislação brasileira em uma relação de tensão, vez que consagra a retirada do Estado na regulação do mercado, deixando o controle de preços sujeito à livre flutuação do mercado, buscando, pois, a defesa da concorrência e não mais simplesmente da economia popular; enquanto, de outro lado, prende-se aos dispositivos constitucionais positivos típicos de uma Constituição dirigente, que não consegue deixar à própria sociedade sua auto-regulamentação, o que explica a inclusão da função social da propriedade e da defesa do consumidor como elementos norteadores da legislação antitruste.

Há, portanto, um caminho de interesses protegidos pelo direito concorrencial, que, *grosso modo*, podemos identificar como sendo: defesa da concorrência, do consumidor e promoção da dignidade da pessoa humana. E esse caminho deve ser percorrido quando se utiliza a lei antitruste como instrumento de implementação de política pública, sem descuidar de nenhum dos elementos que formam esse íter.²⁹

2.2 Estrutura da Lei Antitruste

Uma vez que traçamos rápidas linhas acerca dos objetivos que se encerram na legislação antitruste, cumpre agora uma análise global de como se estrutura a legislação antitruste.

²⁸ Cf. OLIVEIRA, Gesner, op. cit., p. 3

²⁹ Não se pode, p. ex., proteger a concorrência em detrimento do interesse do consumidor, nem, por outro lado, pretender implementar uma política pública que, sob pretexto de defesa do consumidor jogue por terra a proteção à concorrência, vez que, como dito, tais interesses são complementares e instrumentais. Neste sentido, adverte Calixto Salomão Filho: “Esse estudo [dos monopólios e oligopólios] é especialmente interessante e relevante, por colocar em destaque a impossibilidade de compreensão do direito concorrencial levando exclusivamente em consideração os interesses dos consumidores.” *As estruturas...*, p. 145.

Como ressaltado, a legislação antitruste possui como objetivos a proteção aos interesses do consumidor e à concorrência. Enquanto aquele é de fácil aceção, este necessita uma análise mais acurada, vez que podemos considerá-lo como um conceito bifronte: concorrência livre e leal.

O conceito de livre concorrência, do qual nos importa uma análise mais profunda, para Miguel Reale, “tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”,³⁰ definição que parte do pressuposto que todos os concorrentes estariam em igualdade de posições que lhes permitissem competir paritariamente, de modo que ao final da disputa prevaleceria o mais eficiente.³¹ Vale dizer, essa definição tem como ponto de partida a igualdade jurídico-formal, que, não obstante, diversas vezes dista na realidade observada empiricamente

Desta forma, melhor se afigura a posição adotada por Eros Roberto Grau, para o qual livre concorrência significa “liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública”,³² de modo que a própria livre concorrência não é senão desdobramento do também princípio constitucional de liberdade de iniciativa, conforme pensamento do próprio autor.³³

Entretanto, ao lado da defesa da livre concorrência, que garante a criação de estruturas econômicas de forma natural, privilegiando a eficiência e o interesse do consumidor, a legislação incorpora também regras que assegurem ‘lealdade’ ao comportamento dos agentes, vale dizer, voltadas à defesa da chamada concorrência leal.³⁴

É importante considerar que eventuais impasses podem surgir do embate entre concorrência livre e concorrência leal, do qual haverá de prevalecer a que melhor atenda

³⁰ *Inconstitucionalidade de Congelamentos*, in *Folha de S. Paulo*, 19.10.88, p. A-3, apud GRAU, Eros Roberto, op. cit., p 162.

³¹ Cf. GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 189.

³² *Ibid.*, p. 190.

³³ *Ibid.*, p. 184.

³⁴ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 70.

aos outros objetivos da normatização concorrencial.³⁵

Ademais, a legislação antitruste nacional absorveu elementos tanto do direito anglo-saxão quanto do europeu, constituindo assim, um sistema híbrido que “aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito”.³⁶ Com efeito, o art. 20 da lei nº 8.884/94 inclui como infração da ordem econômica os atos que tenha por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens e serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”, que se incluem, em verdade, em três categorias diferentes de ilícitos – ainda que sob o mesmo artigo legal – e que são elencadas por Calixto Salomão Filho: “atos tendentes à dominação dos mercados, abuso do poder econômico e concorrência desleal”,³⁷ em que se observa a preocupação em proteger a concorrência livre e leal.

Em seguida, estabelece o legislador um rol de condutas que configuram infração à ordem econômica e que se enquadram nas hipóteses previstas no art. 20. Vale dizer, as condutas do art. 21 são consideradas ilícitas toda vez que tiverem por objeto ou efeito as hipóteses do artigo anterior.

Com isso o legislador buscou estabelecer um parâmetro intermediário para o intérprete entre flexibilidade e rigidez, possibilitando a criação de uma regra da razão tendo como parâmetro os objetos e efeitos do art. 20, sem descuidar de criar, entretanto, uma margem de segurança garantida pela tipificação das práticas no artigo seguinte.³⁸

Vale dizer, para que se estabeleça a infração à legislação concorrencial é necessário observar se o ato encaixa-se nas hipóteses do art. 21, e se seu objeto ou finalidade são proibidos pelo disposto no art. 20.³⁹ Possível assim que a conclusão a que se chegue não seja rígida a ponto de ser ilógica, nem livre a ponto de comprometer a

³⁵ Cf. *Ibid.*, p. 71.

³⁶ FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 147.

³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 74. O autor elenca o aumento arbitrário de lucros como uma hipótese de abuso de posição dominante. *Ibid.*, p. 76.

³⁸ Cf. *Ibid.*, p. 74

³⁹ Ressalvando que mesmo práticas não elencadas no art. 21 podem causar os efeitos nefastos do art. 20.

segurança.

Entretanto, veja-se que nessa estruturação não há, aprioristicamente, a necessidade de se comprovar a posição dominante para que exista infração à ordem econômica.⁴⁰ É certo que em determinadas condutas não há a necessidade de que se comprove poder no mercado, ou posição dominante, para se caracterizar o ilícito, vez que se protege a lealdade na concorrência. Note-se, também, que as infrações são puníveis ainda que não se atinja o objetivo alcançado.⁴¹

Situações existem, entretanto, que somente com a existência de poder no mercado é que se pode cogitar de infração à ordem econômica, ou chegar-se-ia em situações absurdas. Pense-se, por exemplo, no caso do inc. XXI do art. 21,⁴² que só adquire sentido se a empresa possui volume de produção suficiente para influenciar o mercado, caso contrário será simplesmente substituída por outra, sem que qualquer prejuízo acarrete ao mercado ou aos consumidores.⁴³

Por fim, vale ressaltar que não apenas os atos elencados no art. 21 constituem infração à ordem econômica,⁴⁴ mas, como deixa claro o *caput* do art. 20, podem ser

⁴⁰ A posição dominante, que será estudada adiante, é requisito para que determinadas condutas possam ter efeitos anticoncorrenciais. Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 150.

⁴¹ Com efeito, diz o *caput* do 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.” Veja-se, a respeito, a posição de ABDALA, Edson Vieira e POPP, Carlyle. *Comentários à nova lei antitruste*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 73: “Note-se que estas infrações são puníveis, mesmo que o objetivo não seja alcançado. Por pouco não se puniu o pensamento!”. Entretanto, a crítica perde força ao se perceber que o art. 20 encerra tanto as normas que buscam preservar a livre concorrência quanto as que tem como escopo preservar a lealdade na concorrência, como bem observou Calixto Salomão. Assim, a caracterização de algum ato como ilícito mesmo que seu objetivo não seja alcançado pode ser compreendido como “garantia contra a concorrência desleal”, que se pode entender “como uma *garantia sistêmica da ordem concorrencial*”. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 78.

⁴² Lei n° 8.884/94, art. 21, inc. XXI: “cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada”.

⁴³ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas*, p. 77.

⁴⁴ Calixto Salomão observa que há, entretanto, quem defenda a tipicidade fechada do art. 21, sob o argumento de “que as referidas normas têm natureza penal e, portanto, não podem ser simplesmente exemplificativas. Afirma, [quem defende a tipicidade fechada] ainda, que o art. 20 não pode conter a lista de ilícitos, pois as hipóteses ali previstas seriam excessivamente amplas e genéricas; v., no sentido da natureza penal da lei antitruste, entre outros, J.L.G Franceschini, *Introdução ao direito da concorrência*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 47; L.G. Paes de Barros Leães, “*O dumping como forma de abuso*”.

considerados infração à ordem econômica “os atos sob qualquer forma manifestados” e que tenham por objeto ou efeito os incisos deste artigo. Não se limitam, como fica claro, a atos jurídicos, podendo abranger atos nulos, inválidos ou ineficazes, e até mesmo, como afirma Paula Forgioni, “atos que produzem efeitos meramente morais, desde que restritivos da concorrência”,⁴⁵ ou seja, que atraiam a incidência dos incisos do art. 20.

Para completar o quadro da análise que se busca fazer sobre a estrutura da legislação antitruste mister que se busque os sujeitos das normas, que, graças ao tratamento dado pelo legislador no art. 15 da lei, evita discussões desnecessárias sobre o tema.⁴⁶ Não se limita a atuação da lei antitruste às grandes empresas, nem mesmo somente às empresas. Também organizações profissionais, ainda que sem fins lucrativos, podem ser enquadradas na legislação antitruste.⁴⁷ Do mesmo modo, não se lhe escapa da aplicação as pessoas de direito público, que constituem a Administração Pública Indireta,

de poder econômico”, in *Revista de direito mercantil* 91 (julho-setembro 1993), p. 5”, op. cit., *As estruturas...*, p. 75. Ainda quanto a tipicidade fechada: “Por se tratarem de condutas delituosas econômico-penais, ou crime *lato sensu*, somente as que os artigos 20 e 21 prevêm podem ser objetos de processo pelo CADE, pois há a garantia constitucional de que ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’”, VITA ROSO, Jayme. *Novos apontamentos à lei antitruste brasileira*. São Paulo: LTr, 1998, p. 29.

⁴⁵ Op. cit., p. 159.

⁴⁶ Lei nº8.884/94, Art. 15. “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

⁴⁷ V. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 157: “De fato, qualquer um que possa praticar um ato restritivo da concorrência deverá ser atingido pelas disposições da lei, ainda que sua atividade não tenha fins lucrativos.” Contra a aplicação da legislação antitruste às entidades sem fins lucrativos, v. ABDALA, Edson Vieira e POPP, Carlyle, op. cit., p. 62.: “O *caput* ao se referir a ‘quaisquer associações de entidades ou pessoas’ pode dar a falsa idéia de que a norma em comento aplicar-se-ia, também, às sociedades sem fins lucrativos. Tal raciocínio, não obstante, é destituído de qualquer vinculação com o sentido de existência desta norma legal. Conforme lembrado quando dos comentários ao artigo 1º, um de seus objetivos básicos é a repressão ao abuso de poder econômico, conforme determina o §4º do artigo 173 da Constituição Federal. Visa, por este modo, combater o abuso de poder econômico próprio à eliminação da concorrência, à dominação dos mercados e ao aumento arbitrário dos lucros, situações inexistentes nas associações. Não obstante, sendo a associação mera máscara para uma atividade de mercado abusiva, é evidente que de pessoa jurídica sem fim lucrativo não se trata, devendo sofrer a incidência da presente lei.”

e que exerçam “atividade econômica em sentido estrito”.⁴⁸

Descortina-se, assim, o seguinte quadro: uma legislação que possui caráter instrumental de efetivação de políticas públicas, que determina o ilícito pelo objeto, finalidade ou efeito,⁴⁹ ainda que não alcançado, e que abrange qualquer espécie de ato, atingindo qualquer pessoa de direito público ou privado, mesmo entidades despersonalizadas. Percebe-se, assim, quão abrangente pode ser a norma, e, portanto, o cuidado que se deve ter em sua aplicação. Não se pode, por isso, descuidar de certos conceitos doutrinários para interpretá-la, entre os quais merece destaque a tripartição das categorias de ilícito como faz Calixto Salomão Filho (v. *supra*), e que, por meio da identificação do poder no mercado, permite que se evite situações absurdas, como a que fizemos referência (inc. XXI, art. 21).

Ainda, é necessário que tais conceitos estejam sempre no horizonte do intérprete, vez que a instrumentalidade da norma aliada à sua abrangência constituem elementos tentadores para que se perca de vista objetivos e efeitos concretos da norma em direção ao seu desvirtuamento, sob o pretexto de implementação de “políticas públicas”. Sua boa interpretação constitui, portanto, instrumental quase tão importante para a ordem econômica quanto a própria legislação.

Uma vez que ultrapassamos dois pontos críticos e necessários para o trabalho que ora se pretende, faremos uma breve incursão nas modalidades de infrações previstas na legislação antitruste.

⁴⁸ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 158. A autora utiliza a expressão ‘atividade econômica em sentido estrito’ na acepção que lhe confere Eros Grau, op. cit., p. 92 e ss, qual seja espécie do gênero ‘atividade econômica’, e que seria própria do setor privado, figurando ao lado da também espécie *serviço público*, com prestação cabe ao Estado, direta ou indiretamente. A polêmica questão acerca da aplicação às pessoas de direito público será tratada adiante.

⁴⁹ Como já dissemos, sem que seja necessária a caracterização de poder econômico no mercado.

3. MODALIDADES DE ÍLICITO ANTITRUSTE

Diante das inúmeras possibilidades de atos que podem ser considerados ilícitos pela Lei de defesa da concorrência, em função de sua própria estruturação, como já foi salientado, impossível a tarefa de enumerá-los. Portanto, tentar-se-á sistematizar as principais formas de atos ilícitos, e que possam ter por objeto ou efeito dominar mercado, prejudicar a concorrência ou abusar de posição dominante.

Para tanto, utilizou-se a divisão adotada por Paula Forgioni,⁵⁰ qual seja: i) abuso de posição dominante, ii) acordos entre agentes econômicos e iii) atos de concentração entre agentes econômicos. Como se verá, tal divisão obedece à seguinte lógica: primeiro analisa-se os atos praticados individualmente pelo agente econômico detentor de posição dominante, causando prejuízo à ordem concorrencial em face do abuso desta posição; após, os acordos de cooperação entre agentes econômicos visando justamente a alcançar a posição dominante, mas mantendo a independência dos centros de comando entre os envolvidos em tais acordos; e, por fim, os atos de concentração, que visam a aumentar o poder econômico dos agentes através da junção de seus centros de comando.

3.1 Consideração Prévia Necessária: Poder econômico e posição dominante

Antes de adentrar na seara dos atos tidos como ilícitos pela legislação antitruste, não se pode olvidar de tentar delimitar alguns conceitos fundamentais, tais como poder econômico e posição dominante. Aquele porque o seu abuso é reprimido pela próprio texto constitucional,⁵¹ e este porque grande parte das infrações terão como fim obter a posição dominante, ou constituir-se-ão em seu abuso, vez que determinados atos só possuirão potencial nocivo quando realizados por agentes em posição dominante.

Para determinar o que seja poder econômico emprestaremos a definição de Pedro

⁵⁰ Que, conforme a própria autora salienta, não é a classificação adotada pela legislação antitruste. Desta forma, utiliza-se a terminologia adotada pela autora para as modalidades de ilícito. Op. cit., p. 494.

⁵¹ Art. 173, §4º.

Dutra, que o define como “a soma de meios materiais e não materiais, de expressão econômica, de que o agente dispõe e emprega no exercício de sua atividade ordinária, no mercado de bens ou serviços onde atua.”⁵² Partindo-se de tal definição, parece cristalino que qualquer agente⁵³ que atue no mercado detém poder econômico.

Entretanto, não se pode afirmar que o poder econômico detido por uma pequena empresa em um mercado competitivo seja o mesmo que detém uma grande empresa em uma situação monopolista. Vale dizer, todo agente atuante no mercado detém certa “parcela” de poder econômico, cuja quantidade varia conforme diversos fatores.⁵⁴

Para o presente estudo interessa o poder econômico que seja influente no mercado. É claro que sua identificação exige elementos complexos,⁵⁵ dos quais não nos ocuparemos.

Para a análise do conceito de posição dominante, inicialmente deve-se imaginar uma situação de monopólio ‘absoluto’ em um determinado mercado relevante.⁵⁶ Em tal hipótese, possui o agente tal poder econômico que sua produção e oferta não sofrem interferências de concorrente algum, agindo de forma independente e indiferente. Esta é uma situação paradigmática de posição dominante, que, por isso mesmo, raramente se

⁵² Op. cit., p. 322.

⁵³ Segundo A.J. Avelãs Nunes, “na construção marginalista, os indivíduos, as famílias e as empresas surgem como *agentes econômicos isolados* que operam no mercado como *compradores e vendedores*”. *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 40.

⁵⁴ Sabe-se que ‘poder’ não é algo que seja facilmente quantificável, talvez nem se possa falar em quantidade de poder. Entretanto, para o fim que aqui se pretende, utilizaremos tal terminologia por ser de mais fácil aceção.

⁵⁵ Com efeito, Calixto Salomão Filho lembra que existem diversas teorias econômicas e econométricas que buscam determinar a existência de poder no mercado, que dividem-se nas que não são baseadas na definição de mercado, e as que exigem a determinação de mercado. Adotou a legislação brasileira o método que se baseia na definição de mercado. *As estruturas...*, p. 90 e 97.

⁵⁶ Situação em que o agente produtor determinar o preço e a quantidade dos produtos, situação rara, haja vista a existência de concorrência potencial entre outros fatores, tratando-se mais de modelo teórico do que verificável empiricamente, como lembra Fabio Nusdeo em *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2001, p. 270. Quanto ao conceito de mercado relevante deixar-se-á sua análise para um momento posterior, vez que sua própria definição constitui uma das válvulas de escape, das quais trataremos mais adiante. Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 230.

verifica na prática.⁵⁷ Uma vez que a diferença entre mercados concentrados e pulverizados é apenas questão de grau,⁵⁸ aplica-se o mesmo raciocínio aos mercados em que há concorrência.

Vale dizer, detém a posição dominante o agente que “pode deter poder econômico tal (ou seja, razoável) que lhe permita atuar de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento dos outros agentes”⁵⁹⁻⁶⁰, de modo que se encara o poder econômico como uma *potestas*, que, segundo Francesco Santoro Passarelli é “*una supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi postestà, fa riscontro dall’altro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poichè il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà*”.⁶¹ Ou seja, de modo geral, detém a posição dominante aquele que detém poder econômico suficiente “que lhe permita atuar de forma independente e indiferente à existência ou comportamento dos outros agentes”,⁶² podendo impor suas condições negociais, devendo os demais (consumidores, concorrentes) sujeitar-se à sua vontade.⁶³

⁵⁷ Salvo nos casos permitidos por lei, como os monopólios estatais previsto no art. 177 da Constituição Federal, p. ex.

⁵⁸ NUSDEO, Fabio, op. cit., p. 262 e FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 329.

⁵⁹ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 314.

⁶⁰ A Lei nº 8.884/94, no art. 20, IV, §3º dispõe: “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.” Trata-se, como diz a própria lei, de presunção, que nem sempre encontra correspondência nos fatos, razão pela qual, no presente trabalho, utilizar-se-á a definição de Paula Forgioni.

⁶¹ *Dottrine generali del diritto civile*, p. 55, apud FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 317. Em tradução livre: uma supremacia da vontade do titular, graças a qual o mesmo pode sozinho realizar seu interesse: a esta supremacia, que se pode chamar de *potesta*, encontra-se do outro lado da relação não uma obrigação, mas uma mera sujeição, pois o sujeito é meramente passivo, como consequência da *potesta*”.

⁶² FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 314. Note-se que a independência aqui tratada difere daquela que é da natureza da atividade econômica e assegurada constitucionalmente (art. 170, CF). Com efeito, é certo que qualquer agente econômico em um mercado competitivo baseia suas ações também a partir do comportamento dos outros agentes, p. ex., se um concorrente inicia uma agressiva campanha de propaganda, e esta é efetiva, leva os outros agentes a também iniciarem prática semelhante, sob pena de perder mercado.

⁶³ Paula Forgioni estabelece alguns indicativos que devem ser considerados para verificar se existe a posição dominante, tais como o *market share* (que, aliás, é adotado pela legislação brasileira, no §3º do art. 20 da lei nº 8.884/94, critério, entretanto, de presunção), concorrência potencial e barreiras à entrada de

Convém que se ressalte que a legislação não pune a obtenção da posição dominante quando derivada de maior eficiência econômica do agente econômico em relação a seus competidores.⁶⁴

E, uma vez detentor da posição econômica de maneira legítima, não se punirá o uso da posição dominante, mas tão somente seu abuso, nos termos do §4º do art. 173 da CF, ou que impliquem na incidência de alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 20 da Lei Antitruste.

Assim, é que Leila Cuéllar diz que “a detenção de posição dominante, legitimamente adquirida, é prestigiada pelo ordenamento jurídico nacional, mas não sua utilização abusiva. Ou seja, reprime-se tanto a conquista indevida quanto o uso abusivo da posição dominante”.⁶⁵

Portanto, a legislação antitruste só permite que se atinja a posição dominante quando resultante da eficiência do agente econômico em conquistar mercado, vedando que se construa a posição dominante através de acordos e atos de concentração. E se o agente econômico detém a posição dominante, são vedados seus atos que constituam abuso da posição dominante, ou impliquem em prejuízo à concorrência.⁶⁶

Por fim, a identificação de posição dominante deve passar pela definição do que seja mercado relevante, conceito aberto, cuja influência é determinante para se distinguir atos ilícitos de atos lícitos. Em face disto, analisar-se-á o conceito em capítulo dedicado às ‘válvulas de escape’.

3.2 Abuso de posição dominante

Como dito, não é vedado no ordenamento nem a posição dominante, desde que

novos agentes econômicos, dependência dos consumidores e/ou fornecedores, potência econômica da empresa, estrutura avançada da empresa, vantagens tecnológicas grau de crescimento do setor, devendo-se levá-los em consideração junto também ao aspecto temporal. Op. cit., p. 331-345

⁶⁴ Art. 20, §1º, Lei nº8.884/94.

⁶⁵ Op. cit., p. 41.

⁶⁶ Conforme a divisão de atos sujeitos à lei antitruste que se fará no presente capítulo.

resulte de vantagem competitiva do agente, nem mesmo o uso da posição dominante. O que se coíbe, repise-se, é o abuso da posição dominante.⁶⁷

Assim, para que se evidencie essa modalidade de infração à ordem econômica é necessário a existência de poder de mercado suficiente para caracterizar a posição dominante, ainda que se a tenha atingido de forma lícita. Ademais, somente serão ilícitos os atos que possam causar prejuízo à concorrência, ou ao consumidor.⁶⁸

Caso ausente alguma destas características, não será configurado o ilícito, ou porque o agente não tem condições de afetar o mercado, ou porque estará apenas usando, e não abusando da posição dominante.⁶⁹ É certo que o limite que separa o uso do abuso da posição dominante é formado por uma linha tênue, que nem sempre é de fácil visualização. Nada impede, entretanto, uma rápida incursão no tema

Ao definir como infração “atos sob qualquer forma manifestados”,⁷⁰ optou o legislador por uma tipologia aberta, constituindo as hipóteses do art. 21 meramente exemplificativas, razão pela qual não se pode dar conta de todas as práticas que impliquem em abuso da posição dominante, vez que a realidade é sempre mais complexa e possui meandros inimagináveis aos operadores jurídicos. Destarte, far-se-á uma breve análise de alguns atos mais comentados realizados que constituem abuso de posição dominante, ausente qualquer pretensão exaustiva.

⁶⁷ Segundo Sérgio Varella Bruna “tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não representa indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.” V. *O Poder Econômico e conceituação do abuso em seu exercício*, São Paulo: Editora RT, 1997, p. 177-178.

⁶⁸ Cf. FORGIONI, Paula, op. cit., p. 327.

⁶⁹ Por isso a definição e identificação de poder econômico no mercado reveste-se de vital importância, pois ausente a posição dominante – que é a possibilidade de agir com independência e indiferença – o agente não se arriscará em atitudes que poderão levá-lo a perder mercado (por exemplo, aumento abusivo do preço), e, caso assim o faça, irá efetivamente perder participação no mercado, sendo substituído por outros concorrentes. A identificação de posição dominante é, no entanto, tema que necessita de profunda investigação e reflexão, que se deixará para realizar em outra oportunidade.

⁷⁰ Art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Neste tema assume destaque a imposição não-equitativa de preços como uma das práticas típicas, e que engloba tanto o preço excessivo, que resulte em lucro abusivo e prejuízo ao consumidor, quanto o preço fixado abaixo do custo, com vistas a prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência.⁷¹

Para a fixação de preços excessivos, com vistas ao aumento abusivo dos lucros, toma-se como paradigma uma posição monopolista, na qual um único agente produz bem ou fornece serviço sem concorrência direta nem potencial, sendo o mesmo infungível, o que impossibilita a troca por outro que atenda o interesse do consumidor.⁷²

Existe, em verdade, uma dependência do consumidor em relação ao fornecedor, situação que permite a este elevar suas margens de lucro muito acima do que seria possível em um mercado concorrencial. E a esse aumento não corresponde a diminuição de consumo de seus produtos, nem a entrada de novos concorrentes no mercado.

É dizer, à imposição de preços excessivos deve acompanhar o respectivo aumento de lucro, ou não se constituirá abuso de posição dominante.⁷³ Entretanto, dificuldades surgem quando se tenta diferenciar o que seja lucro excessivo, decorrente de abuso de posição dominante, do que advém de vantagem competitiva do agente econômico.⁷⁴

A outra modalidade de imposição de preço não equitativo é a prática de preço predatório, exemplificada no inc. XVIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94, e que se verifica quando o agente econômico pratica a venda abaixo do preço de custo, tendo como objeto ou efeito eliminar a concorrência.⁷⁵ Há a necessidade de a venda realizada nestas

⁷¹ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 353.

⁷² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 94-97.

⁷³ É que em um mercado concorrencial o estabelecimento de preço excessivo pode ser compensado pela diminuição das vendas, pois os consumidores tendem a migrar para outros produtos semelhantes e mais baratos, ou outros produtores adentram o mercado considerado, oferecendo preço competitivo.

⁷⁴ Ciente da dificuldade em se determinar em quais hipóteses o aumento arbitrário de lucros acarreta a incidência da legislação antitruste, Tércio Sampaio Ferraz aduz que “na verdade, o aumento arbitrário de lucros tem a ver com o comportamento do agente econômico que detém poder e dele se utiliza para, arbitrariamente, impor condições de mercado”. *Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitude Duvidosa Amparada Judicialmente in Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 1, p. 224.

⁷⁵ Cf. FORGIONI, Paula A.. op. cit., p. 362 e ss.

condições ser injustificada,⁷⁶ e, novamente, para que tal prática seja condenada pelo direito antitruste é indispensável o poder de mercado do agente econômico, suficiente para que possa suportar os prejuízos advindos de tal prática, com vistas à dominação do mercado.

Assim, exige-se que a racionalidade da prática de preços predatórios esteja relacionada a “(i) ao prejuízo à concorrência que pode ser causado e, conseqüentemente, (ii) ao poder de mercado detido pelo mesmo agente”,⁷⁷ vez que deve ter como efeito aniquilar os concorrentes, e que as vantagens adquiridas sejam superiores aos prejuízos suportados.⁷⁸

Outra importante prática típica e que nos interessa reportar é a denominada “venda casada”, que ocorre quando “um sujeito subordina a venda de um bem (produto principal, subordinante ou *typing product*) à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou *tied product*)”.⁷⁹ Para tanto, a indivisibilidade de um produto é presumida “quando não houver procura compensatória para ambos separados”.⁸⁰

O interesse na prática de venda casada é do agente detentor de posição dominante no mercado do produto principal conquistar posição dominante também no mercado do produto vinculado, valendo-se, para tanto, do poder econômico que detém.⁸¹

Por fim, avulta a importância do poder econômico detido pelas grandes redes

⁷⁶ A venda abaixo do preço de custo pode ser justificada, por exemplo, na hipótese de venda de um estoque abaixo do preço do custo sob pena de perdê-lo, quando então o prejuízo que iria sofrer seria maior, ou, quando o agente econômico utiliza-se deste expediente para ingressar em um mercado. V. FORGIONI, Paula A., op. cit., p.361 e ss.

⁷⁷ Ibid., p. 364.

⁷⁸ Afinal, como ressalta Paula Forgioni, “a prática de preço predatório não seria racional (ou seja, não é apta a causar prejuízos à concorrência) se o mercado considerado for contestável, pois, após o aniquilamento dos atuais concorrentes, a concorrência potencial poderia tornar-se efetiva, com a entrada de novos agentes.” op. cit., p. 365.

⁷⁹ Ibid., p. 372.

⁸⁰ Ibid., p. 373. É que, em princípio, tudo poder ser separado, e vendido de forma separada. Não há como, é evidente, considerar todas estas situações como hipóteses de venda casada. Surge, então, a necessidade de se determinar o mínimo indivisível que forma *um* produto.

⁸¹ Ibid., p. 372 e ss.

varejistas sobre os produtores, que não raro resulta em abuso da posição dominante sobre os fornecedores, e que pode gerar efeitos anticoncorrenciais.⁸²

É certo, entretanto, que a verificação da existência de abuso de posição dominante não é tarefa simples, vez que a realidade se apresenta mais complexa que qualquer modelo teórico possa tentar prever, razão pela qual a análise casuística ainda é a melhor alternativa.⁸³

3.3 Acordos entre Agentes Econômicos

Convém relembrar que o conceito de posição dominante é central no direito antitruste, porque permite ao agente econômico agir com indiferença à concorrência, resultando em ganhos maiores. Pode-se dizer, não sem exagero, que atingir tal posição é o objetivo de todos os agentes econômicos. Neste sentido, a celebração de acordos entre os agentes econômicos visa a “reprodução de condições monopolísticas”,⁸⁴ e, por esta razão, merecem atenção da legislação antitruste, face aos seus potenciais efeitos nocivos à concorrência e ao consumidor.

Pelo sistema da legislação antitruste não há a condenação dos acordos entre agentes econômicos *per se*, mas é necessário que se verifique a incidência de algum dos efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94. Do mesmo modo, a sistemática da legislação não se limita a condenar acordos entre agentes econômicos detentores de significativo *market share*, sendo certo que mesmo os celebrados entre pequenos agentes podem acarretar a incidência da lei de proteção à concorrência, e, até mesmo, entre

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas...*, p.145 e ss, que trata de situações de monopsônios e oligopsônios, que também se enquadram no sistema antitruste brasileiro, pois “um sistema que pretenda impedir todas as formas de abuso de poder econômico, seja qual for a vítima desse abuso, seja ele o consumidor ou o produtor, essas situações devem, também, ser objeto de atenção” p. 147. Cf. também FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 387 e ss.

⁸³ Como afirma José Marcelo Martins Proença: “Não há, portanto, ilícitos *per se* na legislação antitruste brasileira, devendo, caso a caso, ser verificada a conduta.” V. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64 apud FERRAZ, Sérgio. *Atos de Concentração e Mercado Relevante in Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 1, n. 2, p. 344.

⁸⁴ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 393.

agentes não-econômicos.⁸⁵

Há dois grandes grupos de modalidades de acordos entre agentes econômicos, os acordos horizontais e os verticais, cada um com características muito peculiares, o que faz com que mereçam, cada qual, tratamento específico.

3.3.1 Acordos Horizontais

Os acordos horizontais são os celebrados por agentes que atuam no mesmo 'nível' de mercado, ou seja, entre concorrentes diretos. A gênese desta modalidade de acordo está na constatação que, em um ambiente concorrencial, os lucros obtidos pelos agentes econômicos tendem a ser menores, justamente porque cada concorrente individual tenderá a obter maior fatia de mercado.

Tal propósito será obtido, *grosso modo*, por meio das seguintes práticas: redução de preços e/ou incremento na qualidade do produto. Entretanto pode ser que tais medidas não sejam possíveis, ou porque os agentes não conseguem reduzir os preços, vez que já operariam com a menor margem de lucro possível, ou não há como incrementar a qualidade do produto.⁸⁶ Neste cenário de concorrência, a possibilidade de crescimento da participação no mercado de qualquer agente é ínfima ou inexistente, o mesmo acontecendo com as margens de lucro.⁸⁷

Surge a alternativa para os concorrentes incrementarem seus ganhos, através de acordo celebrado entre os partícipes do mercado de modo a regular a concorrência. São os chamados *cartéis*, cuja definição é bem apresentada por Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto:

O cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência

⁸⁵ Cf. *Ibid.*, p. 395.

⁸⁶ Pois podem existir limites materiais insuperáveis para tanto, ou o custo de tal incremento é economicamente inviável de se suportar.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 397.

administrativa e financeira. (...) O cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, desta forma, a eliminação do processo normal de concorrência.⁸⁸

A ilicitude dos acordos passa, como ressaltado, pela necessária incidência dos incisos do art. 20, o que significa dizer que tais efeitos são elementos indispensáveis para a caracterização do cartel. Entretanto, quando prejudiciais à concorrência, poucos argumentos ou dados podem ser utilizados como justificativa para sua formação, e, entre eles, destaca-se a exaltação dos benefícios decorrentes da neutralização da concorrência, ou da formação de ‘cartéis de exportação’, que são, muitas vezes, elementos da política econômica de determinados países.⁸⁹

Assim, porque os acordos horizontais quando assumem a forma de cartéis são de difícil justificação, é que se prefere simplesmente a negação da existência de tais acordos, o que inevitavelmente acarreta em empecilhos para os órgãos de defesa da concorrência comprovarem sua existência. É que se não for comprovado o ajuste de condutas por parte dos concorrentes, há sempre que se considerar a hipótese de ocorrência de paralelismo consciente, que ocorre quando há a mesma reação por parte dos competidores diante de determinado fato, sem que haja, no entanto, conduta ajustada por eles. Vale dizer, é hipótese na qual a existência de preços nos mesmos patamares não deriva de acordo entre os agentes econômicos, mas sim de conduta racional adotada por todos. Nestes casos, falta materialidade para caracterizar o ilícito antitruste.⁹⁰

Por isso, adquire fundamental relevância a prova do ajuste de condutas por parte dos concorrentes, com objetivo ou efeito previstos nos incisos do art. 20 da Lei Antitruste.

⁸⁸ *Repressão ao Abuso do Poder Econômico*, p. 30, apud FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 399.

⁸⁹ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 402 e p.415-417. Como, aliás, é permitido nos Estados Unidos, cujo Congresso editou, em 1982, o *Export Trading Company Act*, que deixou claro que a legislação antitruste norte-americana visa à proteção dos consumidores e concorrentes nacionais, criando, assim, isenção aos cartéis de exportação.

⁹⁰ Cf. *Ibid.*, p. 411-415.

Em atenção à dificuldade que se tem em provar tais acordos, o legislador introduziu no texto original da legislação antitruste os acordos de leniência, visando justamente obter provas por meio da cooperação de envolvidos em ilícitos antitrustes em troca de diminuição ou extinção de ações punitivas com o celebrante.⁹¹

3.3.2 Acordos Verticais

Se os acordos horizontais revestem-se de certa simplicidade, já que seu espectro de celebração lícita é restrito, quase se recaindo em uma proibição *per se*,⁹² o mesmo raciocínio não se verifica quando se trata de acordos verticais, cuja complexidade é mais acentuada. Os acordos verticais são os que se verificam quando são envolvidos agentes econômicos que não atuam no mesmo mercado, mas em diversas etapas da cadeia de produção/distribuição de um bem ou serviço, de modo que a prática atinge também mercados diversificados.

Tratam-se, portanto, de acordos celebrados entre não-concorrentes o que, todavia, não basta para afastar sua sujeição às normas do direito antitruste, vez que, como já dito, estas possuem abrangência para atingir quaisquer atos que possam de alguma forma restringir a concorrência.⁹³

Inicialmente, há que se considerar que os acordos verticais podem acarretar prejuízo à concorrência no mercado de um dos agentes, enquanto no mercado do outro

⁹¹ Arts. 35-B e 35-C, Lei nº 8.884/94, introduzido pela Lei. nº 10.149 de 21.12.2000. Trata-se, em verdade, de transposição do conceito das 'delações premiadas' para o direito antitruste, e que, por isso mesmo, tem sua constitucionalidade questionada, bem como tímida aplicação até agora pelas autoridades antitrustes. Cf. *Ibid.*, p. 414.

⁹² Se a condenação *per se* dos acordos horizontais não é possível em nosso sistema, pelos motivos já delineados, o mesmo não se pode dizer de suas diversas formas de 'julgamento' não técnico, como o efetuado por leigos, pela mídia, e, até mesmo, por operadores do direito distantes dos pormenores do direito antitruste. Apenas à guisa de ilustração, tome-se a definição dos dicionários para *cartel*: 'Acordo entre empresas independentes para atuação coordenada, esp. no sentido de restringir a concorrência e elevar preços.' *Dicionário Aurélio Eletrônico*, séc. XXI, v. 3.0, 1999.

⁹³ Cf. FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 419.

possibilita benefícios à ordem concorrencial.⁹⁴ Deve-se lembrar que a atuação dos agentes econômicos gera custos e implica na assunção de riscos. Vale dizer, quando o produtor e o distribuidor dirigem-se ao mercado para vender e adquirir um produto, respectivamente, têm que suportar um determinado custo, que se denomina custo de transação, ou, em outras palavras, é o valor gasto pelas empresas para se manterem no mercado.⁹⁵

Somam-se a tais custos, o risco inerente as operações no mercado, nas quais não se pode obter a totalidade de informações que digam respeito à contraparte, de modo que o risco é tanto maior quanto menor for o grau de informação que se detém.⁹⁶

Assim, o estabelecimento de um acordo vertical, entre um fornecedor e um produtor poderá vir a ser benéfico, na medida em que se diminuirão os custos de transação, vez que não será necessário ir buscar um parceiro no mercado – e as informações sobre ele –, bem como os riscos serão consideravelmente reduzidos, vez que a habitualidade na contratação gera segurança nas relações negociais. Tais considerações são repisadas pela Escola de Chicago, que se mostra contrária à condenação *per se* dos acordos verticais, acrescentando, ainda, como vantagens de tais acordos a nocividade dos *free riders*⁹⁷ e a necessidade de preservação da imagem do produto,⁹⁸ por exemplo.

⁹⁴ Cf. *Ibid.*, p. 420. Os contratos de franquia ilustram bem este aparente paradoxo, pois se em um determinado contrato prevê-se a exclusividade de se adquirir determinada mercadoria de um só produtor, a concorrência no mercado do produtor ficará prejudicada, pois perderá um importante distribuidor, enquanto no mercado deste, a exclusividade do fornecimento de determinado produtor, além de proporcionar a redução dos custos para aquisição do produto, converter-se-á em um atrativo a mais para a determinada rede de franquias,

⁹⁵ O estudo de tais custos teve origem na obra de Ronald Coase, desenvolvida posteriormente por Oliver Williamson, e que “*são definidos como aqueles custos necessários para realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa*” v. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As condutas...*, p. 29. Destacam-se como os principais custos de transação, o custo de coordenação, que derivam do estabelecimento do negócio e da busca e aproximação de parceiros para negócios, e o custo de motivação, que se ligam à assimetria das informações que se tem da contraparte e da adoção de determinados comportamentos para concretizar as negociações com a parte contrária. Cf. FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 423-424.

⁹⁶ Não se deve esquecer que a obtenção de informações acerca da outra parte em uma relação comercial implica, também, em custos, e quanto maiores os gastos obtendo informações menor será o risco, e vice-versa.

⁹⁷ A definição de *free-riding*, segundo os teóricos neoclássicos, pode ser assim exposta: “Imagine-se um produtor com vários distribuidores que concorrem em preço. Um deles (revendedor “A”) monta um ponto de venda sofisticado, onde mantém toda a linha de produtos do fabricante e vendedores treinados, prontos

Dito isto, consideremos a tipologia dos acordos verticais, aos quais serão lançados breves comentários: i) determinação do preço de revenda; ii) divisão de mercado, iii) exclusividade e iv) vendas casadas.⁹⁹

O acordo que resulta na determinação do preço de revenda é verificado quando o fornecedor impõe ou sugere ao distribuidor¹⁰⁰ o preço pelo qual ele deve vender o produto, ou, ainda, estabelece um valor mínimo ou um teto máximo para tanto.¹⁰¹

Já a divisão de mercado implica na limitação da concorrência entre os distribuidores de um mesmo fornecedor, enquanto as vendas casadas, fazem com que “o distribuidor do produto seja obrigado a adquirir, do mesmo produtor, outros bens que não aqueles originalmente desejados”.¹⁰²

Em relação aos acordos verticais de exclusividade, bem elucidada Paula Forgioni:

Valendo-nos da lição da doutrina americana, dizemos que há exclusividade quando o distribuidor está obrigado a vender apenas os produtos provenientes de um certo fornecedor. Isso significa que esse mesmo distribuidor somente deverá

a dar a mais variada gama de explicações aos potenciais compradores. Já o revendedor “B” comporta-se de maneira oposta. Mantém uma loja simples, não possui a linha completa de produtos e também não mantém pessoal especializado. Em consequência, os custos de “B” são bem inferiores aos de “A”, podendo aquele oferecer preços de revenda bem mais atrativos que este. O consumidor pode, então, muito bem dirigir-se à loja “A”, obter todas as informações necessárias, escolher o produto que mais lhe agrada e, então, dirigir-se à loja de “B” e adquirir o produto por preço mais barato. Isso significa que o produtor “B” acabou se beneficiando do serviço adicional proporcionado por “A” sem ter que absorver seus custos – configurando-se, portanto, uma hipótese clássica do chamado *free-riding*.” V. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As condutas...*, p. 297-298.

⁹⁸ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 421.

⁹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 429.

¹⁰⁰ São utilizadas as expressões ‘impor’ ou ‘sugerir’ porque para a jurisprudência norte-americana foi a diferença que distinguiu acordos verticais lícitos de ilícitos. A esse respeito, v. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 431-436, por isso vale sua observação que “para qualquer não-americano que lance os olhos sobre o caso Colgate, [no qual foi permitido que o fabricante sugerisse os preços de revenda, mesmo ameaçando de corte no fornecimento aos distribuidores que não seguissem essa sugestão, e que foi proferida apenas oito anos após a condenação, no caso Dr. Miles, da imposição do preço de revenda] afigura-se óbvio que, em termos práticos (e também para efeitos concorrenciais), não há muita diferença entre estabelecer o preço de revenda ou sugeri-lo, acenando com a exclusão do distribuidor que não cumprir a determinação. Essa distinção apenas faz sentido no sistema norte-americano em face de sua evolução jurisprudencial; chega, portanto, a ser grotesco procurar transpô-la, tal e qual, para realidades jurídicas diversas.” p.435-436.

¹⁰¹ Cf. *Ibid.*, p. 431.

¹⁰² *Ibid.*, p. 429.

adquirir o produto relevante (ou seja, o objeto principal da distribuição) daquele fabricante, ou de outro por ele expressamente indicado.¹⁰³

A estrutura delineada pode bem ser aplicada aos recentes e preocupantes casos de acordos verticais nos quais o distribuidor impõe restrições ao fornecedor de contratar com outros distribuidores, e que resulta do crescente poder econômico dos grandes grupos varejistas, causando dependência econômica nos produtores em relação aos distribuidores.¹⁰⁴

Resta claro que não é simples a tarefa de se determinar a licitude ou ilicitude dos acordos verticais. Assim, se por um lado as restrições verticais serão contrárias à lei quando tiverem o objetivo e a real possibilidade de dominar o mercado, por outro há situações em que favorecem a concorrência, pois possibilita a entrada de novos competidores no mercado.¹⁰⁵

Trata-se, com efeito, de tema que demanda análise cuidadosa, não se podendo estabelecer “regras fixas e imutáveis”,¹⁰⁶ mas cujo exame só é possível por meio de um “*case by case approach*, de forma a individualizar os efeitos anticompetitivos que serão sentidos dentro de um determinado mercado relevante”,¹⁰⁷ não se podendo recair em hipóteses de proibição ou permissão *per se* de tais modalidades de acordo.¹⁰⁸

3.4 Atos de Concentração

A vedação a atos de concentração tem como escopo impedir a formação de

¹⁰³ Cf. *Ibid.*, p. 443 e ss, onde se poderá encontrar exemplos mais detalhados de acordos verticais e os efeitos danosos potenciais que podem acarretar.

¹⁰⁴ Cf. *Ibid.*, p. 446.

¹⁰⁵ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As condutas...*, p. 311-312. Esse é o caso, p. ex., das franquias.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 461.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ Até mesmo porque “talvez, de todas as condutas anticoncorrenciais, o grupo de condutas que ora se estuda seja o mais fortemente debatido no mundo jurídico e econômico. As posições são as mais díspares, variando da defesa da legalidade *per se* até a ilegalidade *per se*.” SALOMÃO FILHO, Calixto, *As condutas...*, p. 297.

trustees, cuja origem histórica remete à experiência norte-americana, que desde logo teve a preocupação em prevenir a concentração do poder econômico como elemento central no tratamento do direito concorrencial.¹⁰⁹ Também na experiência brasileira o controle dos atos de concentração possui papel de destaque, vez que se trata da face mais visível do direito antitruste e de sua aplicação pelos órgãos de proteção da concorrência. Necessário, portanto, que se o estude com mais vagar.

Inicialmente cumpre esclarecer que concentração não se confunde com acerto de condutas entre duas ou mais empresas, prática já estudadas, mas, segundo Nuno T. P. Carvalho, “concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”,¹¹⁰ e que possuem como efeito o aumento do poder econômico e/ou incremento da participação dos agentes em um determinado mercado relevante.¹¹¹

Pode-se dizer, *grosso modo*, que as concentrações são formas de se buscar a posição monopolista, ou de se aproximar desta posição,¹¹² não pelo crescimento derivado de eficiência econômica, mas pela incorporação dos concorrentes. É, portanto, uma forma ‘artificial’ de conquista da posição dominante.

Não se trata – como quase tudo no direito concorrencial – de prática condenada *per se*, ao contrário, chega até mesmo a ser incentivada.¹¹³ Inegável, também, que a concentração de capital proporcionada por tais atos é mesmo indispensável para a realização de investimentos em certas áreas da economia, e que não poderiam ser efetuados em um mercado atomizado, bem como os avanços tecnológicos que só são

¹⁰⁹ Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio. *Abuso...*, p. 218.

¹¹⁰ *As concentrações de empresas no direito antitruste*, p. 91-92 *apud* FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 466.

¹¹¹ FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 464.

¹¹² Lembrando-se que a posição monopolista é aquela em que o agente atua no mercado com *independência e indiferença* em relação aos demais concorrentes. Cf. FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 470.

¹¹³ Vale lembrar o exemplo que se deu acerca dos *Keiretsu* japoneses.

possíveis quando financiados por grande quantidade de capital. Do mesmo modo se diz quanto às eventuais economias de escala que os atos de concentração produzem, e que podem resultar em benefícios aos consumidores, e que, por influência da Escola de Chicago, acabaram por permitir uma visão mais complacente de tais atos.¹¹⁴

Entretanto, ao permitir a concentração do poder econômico e, por conseguinte, tender à consolidação da posição monopolista, tais atos podem ter efeitos prejudiciais à livre concorrência e aos interesses dos consumidores, sendo, portanto, contrários à ordem concorrencial. Está-se, então, diante de um paradoxo: “ao mesmo tempo em que a concentração de capitais é vista como indispensável ao progresso e mesmo à eficiência do sistema produtivo, é também fator de instabilidade desse próprio sistema”.¹¹⁵

O legislador brasileiro esteve atento a essa aparente contradição, estruturando a legislação de modo que o art. 20 da Lei nº 8.884/94 condena os atos que tenham por objeto ou efeito “dominar mercado relevante de bens ou serviços” (inc. II) ou que possam “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (inc. I), hipóteses nas quais se incluem os atos de concentração.

Já o art. 54, §1º estabelece condições para que os atos, mesmo que impliquem a incidência do incisos do art. 20, possam ser aprovados. São, em resumo, condições que privilegiam ganhos em eficiência, produtividade, qualidade ou desenvolvimento, e que sejam repassados ao consumidor sem eliminar a concorrência. Novamente, verifica-se a conjugação da proteção dos interesses do consumidor com a defesa da concorrência, restando claro a relevância que se dá a ambos os objetivos.

As autorizações previstas no §1º do art. 54 integram o mecanismo de “válvulas de escape”, e serão tratadas em capítulo específico. Dedicar-se-á, agora, à análise das especificidades de cada modalidade de concentração.

As concentrações podem ser horizontais, realizadas entre concorrentes do mercado do mesmo produto, verticais, entre agentes que atuam em diferentes níveis da mesma

¹¹⁴ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 470 e ss.

¹¹⁵ Ibid., p. 478-479.

indústria, como produtores e distribuidores, por exemplo, ou conglomeradas, realizadas entre empresas que atuam em mercados de produtos diversos.¹¹⁶

Importante a observação de Calixto Salomão Filho, para quem “essas três categorias foram indiretamente reconhecidas pelo legislador brasileiro quando da definição das concentrações sujeitas a controle”,¹¹⁷ pois o art. 54, §3º da Lei nº 8.884/94 estabeleceu dois critérios alternativos para a sujeição do ato ao controle pelo CADE:

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).

Complementa Calixto Salomão Filho que “qualquer concentração, vertical ou horizontal, ou formação de conglomerados em que um dos participantes passe a deter ou mesmo já detenha 20% do mercado relevante está sujeita a controle pelo CADE”,¹¹⁸ cujo raciocínio se aplica ao critério de faturamento esposado no referido artigo.

¹¹⁶ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas...*, p. 278-279 e FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 467-468.

¹¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas...*, p. 279.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 290. Em que pese o legislador ter utilizado a expressão ‘que implique participação de empresa ou grupo de empresa resultante em vinte por cento de um mercado relevante’, a interpretação correta é que se aplica também nos casos em que os agentes econômicos já detenham esta participação de mercado. Calixto Salomão apresenta uma justificativa lógica, pois afirma que “se assim não fosse, e se considerasse aplicável o art. 54 apenas àquelas concentrações que originassem uma concentração de mais de 20% do mercado, nenhuma concentração em que um dos participantes já detivesse mais de 20% de mercado relevante, ainda que a sua consequência fosse um aumento estúpido dessa participação preexistente, deveria se sujeitar a controle, já que nessas hipóteses a participação de 20% seria sempre preexistente e não decorrente do ato de concentração”, e uma gramática: “o verbo implicar, quando utilizado como transitivo direto não tem exclusivamente o sentido de ‘ter como consequência’, mas também o de ‘envolver’ e até o de pressupor”; v. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed., Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, sem data, p. 752, verbete “implicar”, ns. 2 e 3. v. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 273 e nota n. 50.

3.4.1 Concentrações Horizontais

Quando há a união de agentes que atuam dentro de um mesmo mercado relevante está-se diante da denominada concentração horizontal. Trata-se de concentração com vistas à dominação de mercado por meio da união entre concorrentes, o que leva ao aumento da participação no mercado e, em regra, do poder econômico, ou seja, que visa a atingir a posição dominante de forma artificial.

Afirma-se que as concentrações diminuem os custos, através das economias de escala que são proporcionadas pela junção de diferentes agentes econômicos e que, com fundamento nos postulados da Escola de Chicago, tais benefícios seriam benéficos aos consumidores. Entretanto, como já demonstrado, trata-se de afirmação cuja veracidade nem sempre se verifica na prática.

Em face disto, é preferível o crescimento interno do agente econômico aos atos de concentração, pois naquele, ao contrário deste, o atingimento da posição dominante deriva de fato de maior eficiência produtiva, com resultados efetivamente repassados ao consumidor.¹¹⁹

Não se pode, todavia, ignorar por completo os ensinamentos de Chicago, até mesmo porque o discurso da eficiência foi adotado pela legislação antitruste brasileira,¹²⁰ haja vista que atos de concentração podem ser aprovados, mesmo que resultem em dominação de mercado, mas somente quando a preferência pelo crescimento interno não for razoável. Tais autorizações integram as denominadas “válvulas de escape” que serão tratadas adiante.

3.4.2 Concentrações Verticais

A análise concorrencial das concentrações verticais, como nos acordos realizados

¹¹⁹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 280-281.

¹²⁰ Lei nº 8.884/94, art. 54, §1º.

no mesmo sentido, também encerra certas peculiaridades em relação às concentrações horizontais, e que dizem respeito, basicamente, ao fato de se operarem entre agentes econômicos atuantes em mercados diversos.

Com efeito, certos autores neoclássicos não vislubram nem mesmo a incidência das normas antitrustes sobre tais tipos de concentração, já que não se estaria diante da possibilidade de aumento de poder no mercado.¹²¹ Entretanto, diante das peculiaridades das concentrações verticais, Calixto Salomão Filho assevera que “não é o aumento desse poder [no mercado], mas sim o ato de concentração (vertical) em si que justifica o controle”,¹²² pois embora não proporcione diretamente aos envolvidos incremento de poder no mercado em que atua, a sua realização limita o acesso dos concorrentes dos agentes envolvidos a um importante agente comprador/vendedor do produto,¹²³ além de contribuir para o aumento de barreiras à entrada no mercado de concorrentes potenciais.

Assim, as concentrações verticais não estão imunes da fiscalização do direito concorrencial, dependentes também de sua aprovação pelo órgão competente. Surge, então, a necessidade de justificação da realização de concentrações verticais, à semelhança do que ocorre em nível horizontal. E aqui também possui relevo o discurso da eficiência. Entretanto, pela própria natureza da concentração, a eficiência alocativa, baseada em economias de escala, não é possível.

A eficiência que se busca, neste campo, passa pela diminuição dos custos de transação, à semelhança do ocorrido nos acordos verticais,¹²⁴ constituindo o elemento que diferencia as concentrações lícitas das ilícitas.¹²⁵

¹²¹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 285-286.

¹²² *As estruturas...*, p. 286.

¹²³ Tomemos como hipótese uma concentração vertical envolvendo o principal produtor de um produto X, e o maior revendedor do mesmo produto e de seus similares, os produtores dos similares perderiam um importante canal de distribuição de seus produtos, enquanto os demais distribuidores veriam-se privados, ou obrigados a adquirir a preços maiores, o produto X. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 287.

¹²⁴ V. supra 3.3.2, nota 81.

¹²⁵ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 290-294.

3.4.3 Concentrações Conglomeradas

As concentrações conglomeradas possuem papel residual em relação às outras duas formas, ocorrendo, em regra, quando há união entre agentes econômicos que atuam em mercados diversos e não complementares.¹²⁶

Como demonstrado, a estrutura do sistema antitruste abrange também tais formas de concentração, que devem ser submetidas ao controle de concentrações, vez que podem acarretar danos aos sistema concorrencial. Desta forma, as concentrações que possuem maior probabilidade de serem consideradas ilícitas são as que, de certa forma, assemelham-se aos outros tipos de concentração já estudados.¹²⁷

Com efeito, a formação de conglomerado pode evitar que um concorrente potencial adentre em um determinado mercado e que seria benéfico para a concorrência, ou assemelhar-se a uma concentração vertical, quando não há sucessividade imediata, na cadeia de produção, entre os agentes participantes do ato, implicando em pressões sobre o agente intermediário situado entre os dois agentes que se unem, cuja ilicitude, entretanto, dependerá do comportamento do conglomerado.¹²⁸

Quando se está diante de um ato de concentração entre agentes que não possuem qualquer relação, nem que haja prejuízos à concorrência potencial, o que se poderá argumentar para caracterizar a ilicitude da operação é o aumento do poder financeiro dos agentes. Ocorre que esta hipótese não se subsume a nenhuma das ilicitudes previstas no art. 20, e, embora tal incremento financeiro possa ser utilizado com prejuízos à ordem concorrencial, trata-se de ato que não pode ser presumido no momento da concentração, e que por isso, deve ser sancionado em momento posterior,¹²⁹ quando do controle das condutas.

¹²⁶ Ibid., p. 294.

¹²⁷ Ibid., p. 296 e ss.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Ibid., p. 299 e ss.

4. AS “VÁLVULAS DE ESCAPE”

Analizou-se a estrutura e os objetivos da legislação antitruste, observando-se a forma como se estrutura o sistema de ilícitos previstos na Lei nº 8.884/94, colhendo da doutrina as principais modalidades de infrações ao direito concorrencial. Assim é que se verificou que determinados atos sujeitos à sanção pela autoridade antitruste podem ser realizados com benefícios à ordem concorrencial, de modo que sua proibição ocasionaria efeitos contrários ao pretendido pela legislação.

São para tais situações que há a existência das denominadas “válvulas de escape”, que permitem esquivar-se da aplicação das sanções da norma, adequando, portanto, a rigidez da norma com a maleabilidade necessária a tutelar a realidade móvel e mutante da atividade econômica.

Deve-se dizer que a disciplina das “válvulas de escape” é extremamente ampla, já que sua aplicação não se dá em casos excepcionais, mas acompanha a interpretação e concretização das normas antitruste em todos os momentos, haja vista a maleabilidade da realidade econômica e a peculiaridade de cada caso levado às autoridades de defesa da concorrência. Em consequência, tentar abordar todas as hipóteses e nuances de todos os mecanismos de “válvula de escape” à disposição do intérprete/aplicador do direito antitruste é tarefa não condizente com os modestos propósitos deste trabalho. Desta forma, indicar-se-á em linhas gerais quais mecanismos que se vislumbra à disposição do operador do direito neste campo, bem como suas principais características, deixando uma análise mais cuidadosa e aprofundada para trabalho futuro.

Assim, passa-se a delinear as “válvulas de escape” do sistema antitruste, deixando para capítulo próprio, pela sua relevância no sistema brasileiro, o art. 54 da Lei nº 8.884/94. Faz-se necessária, porém, uma ressalva..

Além das hipótese que aqui delinearemos, Paula Forgioni apresenta ainda outra ‘válvula de escape’ do sistema antitruste, que denomina de ‘jogo do interesse protegido’, e que consiste, em linhas bastante gerais, em se determinar qual o bem jurídico objeto de

tutela pelas legislação antitruste, em determinadas situações. Lembrando que as normas antitruste são instrumentais de implementação de uma determinada política econômica, a permuta entre diversos bens jurídicos a que se dedique proteção levaria a situações de aplicação de maior ou menor rigor da legislação antitruste, constituindo, portanto, outro mecanismo para se controlar a aplicação das normas de proteção da concorrência.¹³⁰

Entretanto, como a própria autora ressalta, “de certa forma poder-se-ia dizer que a questão do interesse protegido se identifica com os escopos da legislação antitruste”.¹³¹ Assim, como se preferiu, no presente trabalho, a determinação dos objetivos da legislação antitruste apresentada por Calixto Salomão Filho, bem como dos interesses que se protegem por meio da legislação antitruste, prescindiremos de incluir o ‘jogo de interesses protegidos’ na análise das válvulas de escape dos sistema antitruste brasileiro,¹³² que, não obstante, parece tangenciar a disciplina das isenções, como adiante se verá.

¹³⁰ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 261 e ss.

¹³¹ Ibid., p. 264, nota 152.

¹³² Com efeito, diante do exemplo reproduzido por Paula Forgioni, trazido da jurisprudência norte-americana, que assim se enuncia: “Praticar preços baixos para eliminar concorrentes é legal porque tais preços beneficiam o consumidor” op. cit., p. 267. Inicialmente tal assertiva é verdadeira, e não só porque beneficiam os consumidores, mas porque é o próprio objetivo do sistema concorrencial: a prática de preços baixos com o intuito de ganhar mercado. Se o preço baixo é garantido pela maximização da eficiência do produtor, e sua capacidade de reduzir custos, a eliminação da concorrência é processo natural, até que os concorrentes também evoluam a ponto de oferecer preços competitivos. Na lei antitruste brasileira, tal prática é permitida pelo §1º do art. 20. Essa, entretanto, é uma análise literal do exemplo apresentado. Prosseguindo, imagina-se que se quisesse dizer no referido exemplo que “a prática de preços predatórios para eliminar concorrentes é legal porque tais preços beneficiam o consumidor”. Desta forma, afigura-se mais coerente o caso para os propósitos que se persegue. Quer-se dizer que ao se escolher um interesse a proteger (o consumidor) em detrimento de outro (a concorrência), seriam permitidas práticas que se a escolha fosse a inversa (proteger-se primeiro a concorrência e depois o consumidor) seriam consideradas ilícitas. Entretanto, a primeira assertiva (que conduz a aceitação da prática referida no exemplo dado) é ilógica. Ainda que o exemplo seja caricatural, cumpre explicar o motivo. É que no exemplo dado, a partir do momento em que o agente econômico que pratica o preço predatório eliminar todos os seus concorrentes, ele não retornará o preço ao patamar competitivo, mas irá ultrapassá-lo, adota preços de monopolista, pois já não haverá mais concorrentes para suprir a demanda pelo produto a um preço competitivo. Em relação à concorrência potencial, ou os custos de entrada serão altos, ou o temor da irracionalidade da conduta do agente (que poderá, caso surjam novos concorrentes, voltar a praticar preços predatórios) irão impedir o surgimento de novos concorrentes. Assim, a prática de preços predatórios é prejudicial ao consumidor e à concorrência, de modo que a proteção a esta é instrumental à proteção daquele, não se podendo afirmar que a escolha entre um destes interesses levaria a situações diversas. Tanto se escolha a proteção do consumidor, quanto a proteção da concorrência, no exemplo dado, a prática é ilícita. V. a esse respeito SALOMÃO FILHO, Calixto, *As condutas...*, p. 82.

4.1 A regra da razão

Não se pode tratar de ‘válvulas de escape’ de qualquer sistema antitruste sem fazer referência à regra da razão. Com efeito, sua origem está ligada com o desenvolvimento e aprimoramento da legislação antitruste norte-americana, que tem no *Sherman Act* seu primeiro diploma legal, e que proibia qualquer restrição da concorrência. Entretanto, sua aplicação demonstrou-se excessivamente rigorosa, não solucionando todas as questões para as quais era aplicada, o que lhe rendeu inclusive severa crítica do Presidente Roosevelt.¹³³

O julgamento do caso “Standard Oil Company of New Jersey *et alii* v. United States” estabelece um marco na jurisprudência norte-americana, pois introduz a regra da razão, possuindo a seguinte ementa: “A lei antitruste de 2 de julho de 1890 deve ser construída sob a luz da razão; e, assim construída, proíbe todos os contratos e combinações que acarretem uma desarrazoada e indevida restrição do comércio e do intercâmbio interestadual”.¹³⁴ Embora não tenha sido acrescentada ao texto normativo, passa-se de uma proibição *per se* para uma interpretação que admite margens de não-aplicação da norma, vez que somente é considerado ilícito o ato que provoque uma restrição *desarrazoada* da concorrência. Segundo Calixto Salomão Filho:

A expressão ‘desarrazoada’ envolve dois aspectos. Em primeiro lugar, é necessário que a restrição seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição, ao invés de simplesmente estabelecer regras para ela. Esse é o aspecto qualitativo. Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova uma substancial redução da competição. Esse é o aspecto quantitativo da regra. A fórmula, assim elaborada, pode hoje ser chamada de ‘regra da razão no sentido clássico’.¹³⁵

¹³³ Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da., *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 15 e ss.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 71.

¹³⁵ *As Estruturas...*, p. 151.

A regra da razão não foi de aceitação imediata, havendo diversos autores e juízes que contestaram a atuação legiferante do judiciário norte-americano. Com o passar do tempo, entretanto, incorporou-se definitivamente ao sistema antitruste norte americano, evoluindo até chegar a sua atual configuração, que determina que “contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência”.¹³⁶

Trata-se, portanto, de técnica jurídica que retira o suporte fático para incidência da norma que caracteriza o ilícito,¹³⁷ de modo que, ainda que o ato esteja configurado como ilícito, a sua validade é garantida por outro elemento que o justifique. É dizer, trata-se de mecanismo de interpretação/aplicação da norma antitruste que lhe confere maleabilidade para ponderar os efeitos anticoncorrenciais que a prática produz, seja em virtude do pouco alcance dos seus efeitos nocivos, seja em proveito de outro interesse tutelado pelo direito.

Deixaremos, por questões metodológicas, a utilização da expressão ‘regra da razão’ apenas para fazer referência à técnica de aplicação das normas de proteção à concorrência nos Estados Unidos, embora sua aplicação seja muito mais ampla. Com efeito, qualquer mecanismo que na aplicação das normas antitrustes sirva para fazer um cotejo dos diversos interesses envolvidos, bem como da potencialidade dos efeitos nocivos, pode ser denominado como regra da razão.

Assim, a determinação de posição dominante pode ser considerada uma regra da razão, vez que em sua ausência determinados atos supostamente ilícitos passam a ser lícitos, haja vista a ausência de potenciais efeitos negativos para a ordem concorrencial.¹³⁸ Ou, ainda, conforme preceitua o inc. XVIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94: “vender

¹³⁶ Ibid., p. 152.

¹³⁷ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 209.

¹³⁸ É o caso, por exemplo, da prática tipificada no art. 21, inc. XXI: “cessar parcialmente ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada”. Ora, em não se tratando de economia planificada, nem sujeita a dirigismo estatal, somente uma empresa com posição dominante e da qual dependam os consumidores e/ou distribuidores, pode ser condenada por tal prática. Uma pequena ou média empresa, ou em mercado competitivo, que decida encerrar suas atividades, não pode ser condenada por ilícito à ordem concorrencial, já que à sua retirada se seguirá a ocupação de sua fatia no mercado pelos concorrentes. A existência de posição dominante é pressuposto de aplicação da norma antitruste, portanto.

injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo”,¹³⁹ cuja construção, *grosso modo*, é semelhante à *restrição desarazoadada* da regra da razão tradicional do sistema norte-americano.

A própria legislação brasileira adotou expressamente uma regra da razão, e que vem a ser o art. 54 da lei antitruste, ao prever a possibilidade de aprovação de atos que possam limitar ou ser prejudiciais à livre concorrência ou resultar na dominação de mercados desde que atendidas as condições do §1º do referido artigo, e ao qual será dedicado capítulo específico. Entretanto não se irá referir ao art. 54 como ‘regra da razão’,¹⁴⁰ mas tão somente como autorização.

4.2 Isenções

Pretende-se deitar os olhos sobre os casos em que a legislação antitruste não é aplicável a determinado setor da economia, ou a determinadas atividades, por força de uma isenção que é concedida por instrumentos outros da legislação, e que normalmente se enlaçam com objetivos de política pública. Vale dizer, são espaços de não-aplicação das normas de direito concorrencial em função de um privilégio¹⁴¹ concedido a certos agentes econômicos, e que têm por objetivo permitir o atingimento de metas escolhidas pelo Estado em sua determinação de política pública, quer seja industrial, quer não.

Percebe-se uma certa fusão com o ‘jogo do interesse protegido’ já mencionado, vez que se trata da eleição de interesses diversos a serem protegidos pelo Estado, ou, casos em que o sistema concorrencial pode não ser a opção mais adequada, ou porque um setor da economia apresenta-se em situação de crise, ou porque se demanda grande capital para uma determinada atividade, entre outras justificativas possíveis. Todavia, não são muitas as possibilidades em que se pode abrir mão do sistema concorrencial, ora porque a defesa

¹³⁹ As justificativas podem ser várias, entre elas, e a qual já tivemos a oportunidade de destacar, quando é mais vantajoso para o agente econômico vender o produto abaixo do preço de custo a ter de suportar perder todo o produto.

¹⁴⁰ Como faz, p.ex., Calixto Salomão Filho, *As Estruturas...*, p. 154.

¹⁴¹ Aqui no sentido etimológico, de lei privada.

deste seja instrumental à proteção do interesse em tela, ora porque a própria ‘isenção’ acaba por fortalecer a concorrência.

O direito estrangeiro é pródigo em exemplos de isenções. No direito norte-americano as isenções são concedidas pelo Congresso a determinados setores e/ou atividades da economia, por motivos diversos, e muitas vezes como resultado de *lobby* exercido pelo interessado.¹⁴² O exemplo mais clássico que se tem é o *Export Trading Company Act*, que considera lícita a formação de cartéis de exportação.¹⁴³

O direito comunitário europeu também prevê a possibilidade de concessão de isenções para determinadas situações, com base no art. 81 do Tratado de Amsterdam, cujo art. 81(3) constitui exceção às práticas consideradas ilícitas no art. 81(1),¹⁴⁴ possibilitando a formação dos chamados “*crisis cartel*”, com o objetivo de, por meio da cooperação entre agentes econômicos, superar crises estruturais.¹⁴⁵ Há também a possibilidade de isenção em bloco, prevista em regulamentos específicos, e que atingem algumas categorias de acordo, bem como a isenção concedida a determinados setores da economia denominados “setores especiais”.¹⁴⁶

Também o direito japonês apresenta exemplos que merecem ser considerados, como a ‘lei de associações de pesquisa’, que permite aos agentes econômicos associarem-se para desenvolvimento de produtos e pesquisa tecnológica sem que configure ilícito ao antitruste, ou as medidas governamentais de auxílio a setores em crise, que permitem concentrações e acordos que em condições normais seriam ilícitos. Ainda, a *Large Scale Retail Stores Law*, que vedava a entrada de grandes distribuidores em certas regiões do país, tratando-se de pura e simples restrição legal à concorrência.¹⁴⁷

O sistema de isenções não é, à primeira vista, aplicável ao direito brasileiro, já que

¹⁴² “O Sherman Act condena práticas anticoncorrenciais, não políticas públicas; ademais, o antitruste não considera ilícito influenciar o governo para que adote medidas restritivas da concorrência.” V. FORGIONI, Paula A., op.cit., p. 213.

¹⁴³ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 213.

¹⁴⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da., op. cit., p 39.

¹⁴⁵ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As Estruturas...*, p. 193.

¹⁴⁶ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 222.

¹⁴⁷ Sobre os exemplos do direito japonês, v. SALOMÃO FILHO, Calixto., *As estruturas...*, p.190 e ss.

nenhuma restrição é feita pelo sistema constitucional à aplicação das normas antitruste, não havendo nenhum setor ou atividade econômica constitucionalmente isenta da aplicação da norma antitruste.¹⁴⁸

Neste íterim, nem mesmo os monopólios legais, elencados no art. 177 da Constituição Federal, estão apartados da aplicação do direito antitruste, em virtude do art. 15 da Lei nº 8.884/94, que expressamente inclui entre os destinatários da lei “as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”, pois “essa situação de monopólio pode dar ocasião ao cometimento de infrações contra a ordem econômica”, nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca.¹⁴⁹

Não há, portanto, expressas isenções às normas concorrenciais no direito brasileiro. Diante de tal situação, há que se considerar a existência de imunidades concorrenciais implícitas, e que teriam a possibilidade de afastar a aplicação do sistema concorrencial. Apresenta-se provável a existência de imunidade à legislação antitruste, implicitamente estabelecida, nos casos de setores regulados da economia.

Neste contexto, possuem papel relevante a *State Action Doctrine*,¹⁵⁰ e a *Pervasive*

¹⁴⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto., *As estruturas...*, p.218

¹⁴⁹ Op. cit., p. 126.

¹⁵⁰ Veja-se a explicitação da *State Act Doctrine* pelo CADE, nas palavras do Conselheiro Marcelo Calliari: “A Suprema Corte definiu, nessa ocasião, dois critérios para determinar quando a regulamentação estadual seria aplicada. Em primeiro lugar, é necessário que a decisão ou a regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Em segundo lugar, deve haver supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação (active supervision requirement). Ausentes quaisquer desses dois requisitos, a ação estatal é passível de revisão pelo órgão encarregado de aplicação do direito concorrencial.” Processo PA 08000.002605/97-52, in FONSECA, João Bosco Leopoldino da., *op. cit.*, p 127. O que leva a um aspecto controverso na doutrina, em face do que dispõe o art. 15: pessoa jurídica de direito público pode ser destinatária de sanções da lei antitruste? Há que entenda que não, e apresenta razões sólidas para isso, entre eles Fábio Ulhôa Coelho, para quem “O Cade, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública; não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e Municípios”, sendo que a referência a pessoas jurídicas de direito público teria ocorrido apenas porque tais agentes públicos “deve dar cumprimento às sanções do art. 24, IV”. V. *Direito Antitruste Brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94*, p. 41. Da mesma opinião compartilha Marcos da Costa. V. *Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos, comentários à Lei nº 8.884/94*, Coord. Marcos da Costa et., comentários aos arts. 15 a 19, p. 197-198. Já para João Bosco Leopoldino da Fonseca

Power Doctrine,¹⁵¹ advindas da experiência jurisprudencial norte-americana, e que permitem estabelecer quando se é possível afastar a incidência das normas antitruste em um determinado setor, ou para uma atividade da economia, diante da existência de regulamentação pelo Estado.

Assim, dois critérios seriam necessários para que se afastasse a aplicação das normas antitrustes: i) a existência de interesse na substituição da ordem concorrencial por uma ordem regulamentada, e ii) uma extensa regulamentação do setor, sobre preços, qualidade, e até quantidade produzida, acompanhada do efetivo exercício de supervisão do cumprimento das normas regulamentares. Vale dizer, só seria possível a não incidência das normas concorrenciais quando houvesse uma regulamentação ampla e profunda, na qual além de indesejada, a aplicação das normas antitruste seria desnecessária.¹⁵²

Caso típico, na experiência brasileira, são as concessões de serviço público, em que o Estado regulamenta praticamente todo o exercício da atividade econômica da concessionária, desde preços, qualidade e forma da prestação, até quantidade produzida, entre outras variáveis. Não se pretende, por óbvio, adentrar na controversa questão que envolve os mercados regulados e a concorrência - pois há hipóteses em que ambos se completam -, mas apenas indicar a possibilidade de existência de isenções à norma antitruste também no direito brasileiro, ainda que de maneira implícita.

4.3 O Mercado Relevante

A definição do mercado relevante é considerada outra importante 'válvula de escape' do direito concorrencial. Com efeito, os atos considerados ilícitos à legislação antitruste só o serão porque podem ocasionar prejuízos à concorrência em um

"também as pessoas jurídicas de direito público estão submetidas às disposições da presente lei [antitruste], porque, com sua atuação, podem cometer ilícitos contra a ordem econômica", op. cit., p. 126. Também é a opinião do Conselheiro Marcelo Calliari, no voto já exposto acima.

¹⁵¹ Voltada à análise das agências governamentais federais americanas. SALOMÃO FILHO, Calixto., *As estruturas...*, p.213.

¹⁵² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto., *As estruturas...*, p. 215 e ss.

determinado mercado. Se o ato reputado ilícito não tiver o condão de prejudicar a concorrência em tal mercado, será considerado adequado às normas concorrenciais. O mercado relevante é, portanto, “o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitubilidade naquela área”,¹⁵³ ou, como leciona Paula Forgioni, “é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”.¹⁵⁴

Desta forma, a definição do mercado relevante é elemento que serve para se distinguir o alcance dos efeitos nocivos dos atos praticados pelos agentes econômicos, e, por consequência, separa os atos lícitos dos ilícitos. Afinal, os atos anticoncorrenciais “são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante”.¹⁵⁵

Contudo, a identificação precisa do que seja mercado relevante não é objeto do presente estudo, que se limita a apontar a importância de tal definição para a aplicação da legislação antitruste, e sua composição como elemento integrante dos mecanismos de “válvulas de escape” do sistema concorrencial. Assim, prescindiremos de uma análise mais profunda dos critérios e problemas na determinação do mercado relevante, bem como não adentraremos no estudo do ‘teste do monopolista hipotético’, adotado pela legislação norte-americana e que também influencia a legislação brasileira,¹⁵⁶ e apenas

¹⁵³ Voto da Conselheira do CADE Neide Terezinha Malard. In PROENÇA, José Marcelo Martins, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 116 apud FERRAZ, Sérgio. op. cit., p. 345.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 231.

¹⁵⁵ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 231.

¹⁵⁶ O referido teste possui o seguinte enunciado: “Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido como tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste.” In POSSAS, Mario Luiz, In *Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência*, Mario Luiz Possa (coord.), São Paulo, Singular, 2002, p. 76. Ademais, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, anexo à Portaria Conjunta SDE/SEAE 50, de 1º de Agosto de 2001, adota-o.

indicaremos alguns critérios que devem ser considerados na definição de mercado relevante.

Inicialmente, conforme aduz Paula Forgioni, “a busca do mercado relevante passa pela identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de concorrência de que participa o agente econômico”,¹⁵⁷ vale dizer, passa pela identificação de como, onde, e com quem se concorre.

Assim, a definição do mercado relevante exige a determinação de duas de suas dimensões, que cruzadas irão compô-lo, quais sejam, o mercado geográfico e o mercado material, ou do produto. Vale ressaltar que tais dimensões, embora se as divida para estudos, na prática estão interligadas, influenciando decisivamente uma na outra. Há, ainda, autores que adicionam a tais dimensões uma terceira, que é a dimensão temporal.¹⁵⁸

A perspectiva temporal refere-se à existência de barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, que podem ser barreiras naturais,¹⁵⁹ ou artificiais,¹⁶⁰ resultantes ou de um ato de concentração que esteja sob análise, ou de uma prática abusiva, ou mesmo de um acordo entre agentes econômicos. Em verdade, a perspectiva temporal permeia a definição das dimensões geográfica e material do mercado relevante, haja vista que as barreiras à entrada podem existir em ambas as dimensões.

Por dimensão geográfica de mercado relevante deve-se entender como “o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas”,¹⁶¹ ou seja, é a região geograficamente delimitada na qual o agente econômico desenvolve suas

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 232.

¹⁵⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As Estruturas...*, p. 98 e FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 232. Entretanto, não se trata do mesmo conceito. Com efeito, para esta diria respeito à sazonalidade do produto, como a safra de um produto, p.ex, e por entender que este aspecto se enquadra dentro da definição de mercado material, descarta-o. Já aquele considera como barreiras à entrada, que, efetivamente, permeia a definição de mercado geográfico e material.

¹⁵⁹ Calixto Salomão enumera algumas: “grandes vantagens de escala, a diferenciação entre produtos, o grande investimento inicial de capital necessário e os chamados custos irrecuperáveis (*sunk costs*). V. *As estruturas...*, p. 165.

¹⁶⁰ São basicamente de dois tipos, segundo Calixto Salomão: “comportamento tendente a dificultar o acesso do concorrente aos fornecedores ou aos canais de distribuição” e “a possibilidade de influenciar o gosto dos consumidores.” V. *As Estruturas...*, p.167 e ss.

¹⁶¹ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 234.

atividades, e na qual o aumento de preços que pratique não acarrete perda considerável de consumidores, nem a entrada no mercado de novos concorrentes advindos de áreas diversas.¹⁶²⁻¹⁶³

Bem se vê que os limites geográficos de um determinado mercado são bastante elásticos, relacionando-se diretamente com o produto em análise. Entretanto, isto não impede que sejam considerados alguns critérios no momento de definição do mercado geográfico. Primeiramente, para que se possa definir a existência de um mercado geográfico único, as relações de concorrência devem tender a ser uniformes. Assim, os seguintes aspectos devem ser considerados quando se perscruta o mercado geográfico: i) hábitos dos consumidores, ii) custos de transportes, iii) características do produto, iv) incentivos do poder público local, v) barreiras à entrada de novos competidores e vi) taxa de câmbio.¹⁶⁴

Em relação ao mercado material, ou dos produtos, a sua definição gira em torno de uma questão principal, que é a fungibilidade do produto considerado. Com efeito, é certo que os produtos satisfazem uma necessidade humana, e que os consumidores estão dispostos a pagar um determinado valor para tê-lo. Assim, para que se determine qual o mercado material considerado, é necessário analisar a disposição de o consumidor trocar o produto que se analisa por outro, com o intuito de satisfazer a mesma necessidade. Se essa permuta for possível, integram o mesmo mercado material.¹⁶⁵⁻¹⁶⁶

¹⁶² E é assim porque se ao menor aumento de preço os consumidores substituírem o produto por outro similar, este e o produto principal estarão no mesmo mercado relevante, já que os custos de transporte não serão considerados pelo consumidor. O mesmo raciocínio se aplica aos potenciais competidores. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As Estruturas...*, p. 99 e FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 234.

¹⁶³ Veja-se a definição de mercado geográfico do Conselheiro do CADE José Matias Pereira: "Pode-se definir o mercado relevante como o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e na procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintos das prevalecentes em territórios vizinhos." Ato de Concentração nº 16/94 (Pedido de Reapreciação), de 9 de outubro de 1995, Requerente: Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau). In D.O.U. 22.10.95, Seção I, p. 16319. Jurisprudência retirada de FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*, São Paulo, Singular, 1998, p 528 e ss.

¹⁶⁴ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 237 e ss..

¹⁶⁵ Cf. *Ibid.*, p. 241.

É neste sentido que se orienta a linha evolutiva na definição do mercado do produto de Sérgio Ferraz:

A início, tantos são os mercados de produtos e serviços, quantos sejam esses. Em segundo momento, alguns produtos e serviços intercambiáveis, reciprocamente substituíveis ou fungíveis, como tal vistos do prisma do consumo, devem ser agrupados no mesmo mercado, eis que compõem um complexo econômico identificável, funcionalmente estruturante de um conjunto.¹⁶⁷

Como sempre, entretanto, a realidade é mais complexa que os modelos teóricos criados para compreendê-la, e a substituíbilidade dos produtos para o consumidor é um destes casos. Com efeito, para efeitos de fungibilidade de um produto não são levados em consideração apenas a necessidade a ser satisfeita e o preço do produto, mas também, por exemplo, a qualidade e/ou prestígio de uma determinada marca, os custos para se trocar de produto, entre outros fatores.¹⁶⁸ Ainda, deve-se levar em consideração, na determinação do mercado material, além da existência de substitutos da demanda,¹⁶⁹ a possibilidade de substituição da oferta.¹⁷⁰

A definição do mercado relevante considerado é, pois, elemento que norteia toda a ação das normas antitruste. É que a legislação de defesa da concorrência utiliza critérios de participação no mercado relevante tanto para presumir a existência de posição dominante (art. 20, §3º), quanto para servir de parâmetro a determinar quais os atos de

¹⁶⁶ O Conselheiro do CADE José Matias Pereira, assim definiu o mercado material: “é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a quantidade, a finalidade, e de maneira especial, na transação em exame, o preço”. Ato de Concentração nº 16/94 (Pedido de Reapreciação), de 9 de outubro de 1995, Requerente: Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau). In D.O.U. 22.10.95, Seção I, p. 16319. Jurisprudência retirada de FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, op. cit., p 528 e ss.

¹⁶⁷ Op. cit., p. 348

¹⁶⁸ Por exemplo, os casos de peças de manutenção de máquinas, que, caso se deseje trocar de fornecedor de peças para uma determinada máquina, deve-se trocar todo o equipamento. O exemplo é citado por Calixto Salomão Filho, *As estruturas...*, p. 104 e ss.

¹⁶⁹ Que ocorre quando o consumidor substitui o produto por outro já existente no mercado. V. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 104-107.

¹⁷⁰ Situação em que potenciais agentes econômicos passam a produzir um produto substituto no caso de aumento de preços do produto principal. V. SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas...*, p. 107-110.

concentração estarão sujeitos obrigatoriamente à comunicação perante as autoridades antitrustes (art. 54, §3º).

Arremata-se rememorando que a maior parte dos atos que constituem abuso de posição dominante só serão considerados ilícitos quando realizados por agentes que efetivamente detiverem a posição dominante em um determinado mercado relevante; que determinados acordos entre agentes econômicos só serão ilícitos se tiverem a possibilidade de causar restrição à concorrência em um mercado relevante, e que a autorização de atos de concentração será dependente do impacto à concorrência que acarretar no mercado relevante em que se situa o agente.

É, portanto, perceptível que a elasticidade que se dê ao mercado relevante terá influência direta tanto na aprovação de atos de concentração quanto na determinação da ilicitude de pretensos abusos de posição dominante e acordos entre agentes econômicos, constituindo, portanto, uma importante 'válvula de escape' do sistema antitruste.

5. AS AUTORIZAÇÕES NA LEI Nº 8.884/94

Superado o estudo das ‘válvulas de escape’ não previstas expressamente no texto da lei, passaremos a analisar o mecanismo previsto na legislação, e que se encontra disposto no art. 54 da Lei Antitruste, cuja redação determina que certos atos sejam submetidos à apreciação pelo CADE para serem autorizados, vale dizer, são atos que estão sujeitos à uma condição resolutiva para terem sua eficácia assegurada.¹⁷¹

A regra do art. 54 trata-se de verdadeira ‘regra da razão’ expressa na lei, vez que conforme assevera João Bosco Leopoldino da Fonseca, “a aplicação da regra da razão produz os mesmos efeitos que a legislação brasileira agora sob exame”,¹⁷² vez que, tal como na fórmula original da regra da razão, o referido artigo possibilita a realização de atos que restrinjam a concorrência, desde que observadas certas condições. Assim, se uma restrição à concorrência for *injustificada*, ou seja, não se enquadrar nas normas legais que permitem a justificação de um ato danoso à concorrência, não lhe será concedida autorização.

Como diz Paula Forgioni, “práticas restritivas da concorrência são lícitas desde que devidamente autorizadas pelo CADE, nos termos do art. 54 da nossa Lei Antitruste”,¹⁷³ sendo que tais autorizações dependem do cumprimento dos requisitos elencados no §1º ou no §2º do art. 54. Mister que se analise quais atos se subsumem à aplicação desse artigo, bem quais as condições para sua aprovação e os resultados e efeitos práticos da aprovação ou reprovação pelo CADE do ato sujeito à sua apreciação. É o que se fará a seguir.

¹⁷¹ Com efeito, “condição resolutiva é aquela cuja verificação extingue a eficácia do negócio jurídico. Os efeitos do ato terminam com o evento”. v. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, 2002, e art. 187 do Código Civil. Os atos sujeitos à aprovação pelo CADE produzem efeitos até o momento do julgamento, no qual poderão perder sua eficácia se considerados ilegais, ou como diz afirma Fábio Ulhôa Coelho, “A aprovação é condição de eficácia do ato jurídico”, op. cit., p. 63. Cf. FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 224.

¹⁷² FONSECA, João Bosco Leopoldino da, op. cit., p. 273.

¹⁷³ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 223.

5.1 Atos sujeitos à aplicação do art. 54

Inicialmente cumpre relembrar que o sistema concorrencial brasileiro não tipifica os atos que dão azo à aplicação das normas antitrustes, nem os limita, ao contrário, é suficientemente abrangente para abarcar *todos os atos* que tenham por efeito ou objeto os incisos do art. 20.

A mesma lógica norteia o *caput* do art. 54 ao estabelecer os atos que devem ser submetidos ao CADE, sujeitando à apreciação quaisquer “atos, sob qualquer formas manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços,” de modo que a primeira conclusão que se chega é que “o *caput* do artigo 54 tem uma abrangência muito grande, porque situa os atos que possam por qualquer forma lesar a concorrência num plano de possibilidade”, nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca.¹⁷⁴

Por outro lado, em relação às modalidades de ilícitos, conforme a divisão utilizada neste trabalho em i) abuso de posição dominante, ii) acordos entre agentes econômicos e iii) atos de concentração, o art. 54 não se aplica à primeira (i), conforme assevera Paula Forgioni:

As autorizações somente poderão ser concedidas a atos que impliquem limitação ou prejuízo à livre concorrência, ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, sendo impossível a legitimação de prática que tenha por objeto ou efeito o aumento arbitrário de lucros ou abuso de posição dominante.¹⁷⁵

O abuso de posição dominante, portanto, não se inclui entre as hipóteses passíveis de autorização pelo CADE, não se submetendo a sua apreciação, ou porque constituem-se práticas ilícitas, ou porque a ilicitude da prática é afastada por outra

¹⁷⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da., op. cit., p. 265.

¹⁷⁵ FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 223-224. Vale lembrar que aumento arbitrário de lucro só fará sentido se o agente que o pratica for detentor de posição dominante, sendo, portanto, uma das manifestações de abuso de posição dominante. V. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 76

justificativa.¹⁷⁶

Ainda há quem sustente que o art. 54 dirigir-se-ia exclusivamente à apreciação dos atos de concentração econômica, não sendo possível que os acordos entre agentes econômicos pudessem ser objeto de apreciação pelo CADE, mas tão somente da atuação repressiva por parte desse órgão.¹⁷⁷ Tal assertiva não se sustenta, ao menos no sentido que no presente trabalho se atribuiu ao termo *ato de concentração*,¹⁷⁸ diante da própria abrangência do *caput* do art. 54, e que permite a inclusão de acordos entre os agentes econômicos entre as possibilidades de sua aplicação.¹⁷⁹ Para João Bosco Leopoldino da Fonseca, “até mesmos atos unilaterais que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou mesmo resultar na dominação de mercados relevantes” incluem-se entre

¹⁷⁶ Indaga-se se em uma situação em que um agente em posição dominante, necessitando vender seu estoque sob pena de perdê-lo, resolve realizar preços abaixo do custo, se poderá submetê-lo à apreciação do CADE, vez que tal prática possui efeitos potencialmente nocivos à concorrência, e obter a autorização. Não nos parece possível que o CADE possa autorizar tal prática, com base no argumento apresentado, vez que este não se enquadra nas hipóteses previstas no inc. I, §1º do art. 54. Mais razoável é a solução pela aplicação da regra da razão, que justifica a prática. Coerente, portanto, com o que afirma Paula A. Forgioni.

¹⁷⁷ Cf. DUTRA, Pedro, op. cit., p. 329 e ss., que, ademais, possui a seguinte opinião: “Os atos a que se refere o *caput* do citado artigo 54 são atos de integração do poder econômico, atos de concentração (do poder econômico das empresas integradas); os indicados no §3º deste artigo, igualmente.” p.334.

¹⁷⁸ Para José M. Martins Proença, o art. 54 só seria aplicável aos casos de concentração econômica, entretanto, atribui ao termo *concentração econômica* outro significado, diferente do que até aqui adotamos, definindo que ocorre integração econômica quando “quem celebra esse ato [de integração econômica] são duas ou mais empresas que detém, cada uma delas, a sua vez, poder que, mediante aquele ato, concentra-se, ou, em outros termos, desloca-se para um mesmo centro. Quando o poder de duas ou mais empresas passa a estar em um só centro, ocorre a concentração do poder econômico”. Diante disto, é inegável que um acordo para ajustar condutas converge o poder econômico dos agentes para um mesmo centro, que é justamente o acordo celebrado. Ademais, continua o autor, “a preocupação da Lei Antitruste Brasileira é a verificação de atos de concentração de poder econômico, seja ela obtida por qualquer tipo de ato ou negócio jurídico. V. *Direito Concorrencial...*, Coord. Marcos da Costa et., comentários aos arts. 54 a 57, p. 380.

¹⁷⁹ Esta a opinião de Paula Forgioni, op. cit., p. 494, e de Calixto Salomão Filho, *As estruturas...*, p. 322. Entretanto, ressalta o autor que “que no sistema da lei brasileira o referido dispositivo [do art. 54] foi concebido basicamente para o controle das concentrações”, o que seria reforçado pela existência de acordos ilícitos *per se* no art. 21, p.ex., os previstos nos incisos I, II, III, X e XI, os quais teriam como objeto único ou principal a restrição da concorrência. Entretanto, há possibilidade de acordos de cooperação empresarial passíveis de serem submetidos ao mecanismo do art. 54. Ver, por exemplo, o voto da Conselheira Neide Teresinha Malard, no Processo Administrativo nº 8000.012720/94-74, de março de 1996. Representantes: Associação Brasileira de Citricultores – ASSOCITRUS e Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo – ACIESP, Representadas: Bascitrus Agro – Industrial e outras. Jurisprudência retirada de FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, op. cit., p. 690.

as hipóteses do art. 54.¹⁸⁰

Às práticas previstas no *caput* do referido artigo que necessitam ser submetidas à apreciação do CADE, soma-se o seu §3º, que estabelece critérios qualitativo e quantitativo para determinar outros atos sujeitos à apreciação pelo CADE para a sua realização.¹⁸¹ O critério qualificativo diz respeito a necessidade de o ato a ser submetido à apreciação ser um ato de concentração,¹⁸² enquanto o critério quantitativo apresenta-se sob duas alternativas, ou a participação de, no mínimo, 20% no mercado relevante, por qualquer um dos agentes,¹⁸³ ou o critério do faturamento, também por qualquer um dos agentes.¹⁸⁴

Em resumo, em relação aos atos que devem ser submetidos à apreciação do CADE, observa-se que o art. 54 possui o seguinte alcance, em exposição bastante clara e sintética de Roberto Pfeiffer:

Desta maneira, interpreto que há duas hipóteses genéricas de notificação de atos de concentração ao CADE, a serem analisadas caso a caso: a) atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; b) atos que possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Ademais, ao lado destas duas obrigações genéricas, estabeleceu a lei duas hipóteses objetivas de notificação obrigatória ao CADE: a) atos que impliquem participação de empresa ou grupo de empresa resultante em 20% (vinte por cento) ou mais de um

¹⁸⁰ Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da., *Lei de Proteção da Concorrência...*, p 281.

¹⁸¹ Cf. *Ibid.*, p 289.

¹⁸² A utilização do termo ‘ato’, embora de simples compreensão, é inadequada, segundo Maria Cecília Andrade para quem “o termo ato de concentração dá a idéia de que as concentrações de empresas pressupõem a presença de apenas um único ato formalizador, o que não corresponde à realidade”, mas há certas concentrações que pressupõem a realização de vários atos para atingir o objetivo buscado. V. *Controle de Concentração de Empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*, São Paulo, Singular, 2002, p. 299. Quanto à enumeração das espécies de ato de concentração, interessante a observação de Calixto Salomão, que afirma que “a nítida impressão que se tem é que o legislador, após iniciar a enumeração de formas que poderiam levar à concentração econômica, subitamente se deu conta da inconveniência (ou até mesmo impossibilidade) de enumerá-las todas, o que o fez tentar encontrar uma cláusula geral que permitisse a inclusão de todas as hipóteses possíveis”. *As estruturas...*, p. 268.

¹⁸³ Trata-se, como já se afirmou, de participação no mercado por qualquer dos agentes, mesmo que o ato de concentração não incremente a participação no mercado. v. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 273 e nota n. 50

¹⁸⁴ “... qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”, art. 54, §3º, *in fine*.

mercado relevante; b) atos nos quais qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).¹⁸⁵

O estabelecimento do critério do §3º se fez necessário porque, ainda segundo Roberto Pfeiffer, “adotou o legislador o entendimento de que os atos descritos no §3º do art. 54, por possuírem alentada significância (...) presumivelmente trariam impacto ao ambiente concorrencial, motivo pelo qual seriam de notificação obrigatória”.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

Entretanto, quando se estiver diante do critério do §3º, a apresentação do ato de concentração é obrigatória, ainda que não produza os efeitos do *caput*, caso em que terão sua aprovação incondicionada. Entretanto, se o ato produzir os efeitos que prevê o *caput* do art. 54, sua autorização estará condicionada ao cumprimento dos requisitos do §1º do referido artigo.¹⁸⁸

Em conclusão, observamos que entre os atos que necessitam de autorização do CADE para que possam ter eficácia,¹⁸⁹ enquadram-se na regra geral do *caput* quaisquer

¹⁸⁵ Ato de Concentração nº 08012.000010/2001-15 – Requerente: Flora Medicinal J. Monteiro da Silva Ltda. E Natura Cosméticos – Relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer. D.O.U. 15.11.01, p. 11. apud OLIVEIRA, Gesner e RODAS, J.G. *Direito e Economia...*, p. 187.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ Estabelece o art. 50 da Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/05) que um dos meios de recuperação judicial é a “cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações”(inc. II), cujo processamento, por força do art. 52, pode ser deferido liminarmente pelo juízo. Surge, então, a seguinte questão: nesta hipótese, há a necessidade de se comunicar o ato de concentração ao CADE, quando a empresa que se submeter à recuperação também se enquadrar no §3º da Lei nº 8.884/94, ou seja, detiver ao menos 20% de mercado relevante ou faturamento superior a quatrocentos milhões de reais? Trata-se de tema recente, ainda não apreciado pela doutrina e jurisprudência, das quais, certamente exigirá cuidado e atenção.

¹⁸⁸ Trata-se, então, de apresentar o ato ao CADE, quando presentes os requisitos do §3º, art. 54, que passará a analisar, então, se produz algum dos efeitos do *caput*, não os produzindo, será aprovado. Produzindo algum dos efeitos, a aprovação será condicionada ao atendimento dos requisitos dos §§1º e 2º. É o que se depreende do julgamento do Ato de Concentração nº 08000.005570/97-86, de 2 de dezembro de 1997, Requerentes: Sara Lee Corporation e Colgate – Palmolive Company, Relator: Conselheiro Leônidas R. Xausa, D.O.U. 8.01.98, p. 5; embora haja decisões do CADE nas quais o não enquadramento do ato nos efeitos do *caput* do art. 54 acarretou o arquivamento do ato sujeito à aprovação. V. Ato de Concentração nº 36/95, de 23 de abril de 1997, Requerentes: Glaxo do Brasil S.A. e Laboratório Wellcome – Zeneca Ltda., D.O.U. 20.05.97, p. 10341. Jurisprudência retirada de FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *op. cit.*, p. 88-89 e 36-37.

¹⁸⁹ Sujeitos, portanto, à condição resolutiva.

atos, à exceção dos que configuram abuso de posição dominante, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, e que os atos de concentração estão sujeitos a um critério objetivo que lhes é específico, qual seja, quando alcançarem os parâmetros do §3º do art. 54, deverão necessariamente serem submetidos à apreciação do CADE, pela importância dos agentes envolvidos e potencialidade de produção de efeitos nocivos à ordem concorrencial.

5.2 Requisitos para aprovação

Uma vez que se tenha delimitado quais atos podem ter sua prática autorizada pela autoridade antitruste, bem como quais devem ser autorizados, convém analisar quais os requisitos devem ser cumpridos para que se possa conseguir a autorização do CADE para a prática do ato.

Assim, para a aprovação é necessário que ato submetido à apreciação cumpra as condições previstas nos §§1º e 2º do art. 54, cuja redação é bastante elucidativa, motivo pelo qual cumpre reproduzi-la:

Art. 54. (...) §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 serviços; 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 preponderante da economia

nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Os requisitos necessários à aplicação da norma, bem como saber se são cumulativos, não geram grandes questionamentos, o que, entretanto, não se traduz em simplicidade no momento da concessão ou não da autorização, haja vista que os elementos exigidos pelo §1º não são rígidos, alguns nem de fácil visualização, variando conforme o caso concreto e a interpretação que se dê a cada um deles.

Vale dizer, sempre que se quiser aprovar um ato de concentração, ele deverá atender aos quatro incisos do §1º, e a um dos objetivos do inciso I, §1º (ou a três apenas, se estiver dentro da hipótese do §2º). A dificuldade estará em definir em como o caso concreto se ajusta a tais elementos: qual a eficiência a ser considerada, como se distribuirá tais ganhos e em que montante, o que é concorrência substancial, e o qual o mercado relevante, por exemplo.

Além disso, o art. 54 apresenta-se como mecanismo único tanto para o controle de concentrações quanto para a apreciação de condutas, somado ao fato de incorporar os ensinamentos neoclássicos,¹⁹⁰ no que tange à eficiência, e a experiência européia, no tocante aos objetivos de política social e industrial e de proteção ao consumidor.¹⁹¹

Caberá ao aplicador da norma, em regra o CADE, realizar a análise econômica¹⁹² das eficiências compensatórias dentro do conjunto de elementos de cada caso concreto, de modo a verificar a adequação de seus elementos às exigências legais, para se decidir acerca da aprovação ou não do ato submetido à sua apreciação.¹⁹³

Uma particularidade em relação ao §3º do art. 54, ao qual já se referiu, deve ser lembrada. Como visto, o critério de tal parágrafo exige a obrigatoriedade da apresentação de qualquer ato de concentração uma vez superados os limites estabelecidos de

¹⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto, *As estruturas...*, p. 153.

¹⁹¹ Cf. ANDRADE, Maria Cecília. *op. cit.*, p. 376 e SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 154.

¹⁹² Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino, *op. cit.*, p. 288.

¹⁹³ Quanto ao caráter discricionário ou vinculado da decisão do CADE, é discussão que não cabe nos estreitos limites do presente trabalho.

participação no mercado ou faturamento, já que, justamente pelo importância envolvida, pode vir a ser prejudicial ao mercado. Entretanto, para a autorização do ato nestes casos, antes que se proceda à análise do conjunto de elementos previstos no §1º, deve-se verificar a subsunção do caso ao *caput* do art. 54, ou seja, se o ato é prejudicial à livre concorrência.¹⁹⁴

Por fim, em relação ao §2º limitamo-nos a reproduzir as pertinentes observações de Gesner Oliveira acerca da necessidade de parcimônia em sua aplicação:

Para uma operação atender a motivo preponderante da economia nacional é necessário que ela gere externalidades positivas para a economia como um todo diferentes daquelas eficiências mencionadas no Parágrafo 1º do art. 54 e conhecidas como eficiências compensatórias. (...)

Note-se que o risco de que regras genéricas dessa natureza permitam indesejável subordinação do controle de fusões à política industrial. Recomenda-se, assim, que a aplicação do dispositivo seja parcimoniosa a fim de evitar precedente de isenção, à Lei n. 8.884/94. Sua possível aplicação deveria ficar restrita a situações em que, no plano jurídico, envolva a defesa de princípio constitucional de valor equiparável ao princípio da livre concorrência; e, no plano econômico, envolva providências no sentido de prevenir a ocorrência de falhas no mercado relevante ou em mercados conexos.¹⁹⁵

5.3 Compromissos de Desempenho

O compromisso de desempenho é, em linhas gerais, o mecanismo disponibilizado pelo legislador para autorizar determinados atos definidos no *caput* do art. 54, mas que não se enquadram perfeitamente nas condições do §1º deste artigo, e que está disposto no art. 58 da Lei nº 8.884/94.

Não se trata de mecanismo capaz de substituir a negativa de aprovação do ato levado à apreciação pelo CADE,¹⁹⁶ mas como lembram Magali Klajmic e Cynthia

¹⁹⁴ Cf. OLIVEIRA, Gesner, op. cit., p. 26.

¹⁹⁵ Op. cit., p. 27-28.

¹⁹⁶ Conforme ressaltou Pedro Dutra. V. A concentração do poder econômico aspectos jurídicos do art. 54, da Lei 8884/94, Caderno de Doutrina da Revista do IBRAC. Volume 3, número 8, agosto 1996, *apud*

Nascimento:

O Compromisso de Desempenho traz como pressuposto o preenchimento de condições expressamente definidas no texto legal e que tornam possível a autorização do CADE em atos com teor de nocividade à concorrência. É o instrumento formal do qual se vale a Administração Pública, quando autoriza uma transação sob seu exame, para assegurar-se do cumprimento dos requisitos condicionais que viabilizaram aquela autorização.¹⁹⁷

Trata-se, com efeito, de mecanismo que pode se traduzir em determinadas metas a serem cumpridas dentro de um prazo estabelecido, ou que preveja a realização de certos ajustes na operação para que possa ser aprovada, ao tempo que permite o acompanhamento de sua realização. Acrescente-se que os compromissos de desempenho podem tanto ter natureza comportamental, determinando práticas a serem cumpridas, quanto estrutural, modificando a formação do ato de concentração sujeito à análise.¹⁹⁸ Ademais, a implementação de um compromisso de desempenho é eficiente para se trasmutar o controle de estrutura em controle comportamental.¹⁹⁹

Em relação ao acompanhamento do cumprimento dos termos dos compromissos de desempenho, a lei expressamente determinou que será realizado pela Secretaria de Defesa Econômica, entretanto, “não há nenhum obstáculo legal para que referida fiscalização ocorra no seio do próprio CADE”,²⁰⁰ como se depreende do art. 47 da própria norma antitruste,²⁰¹ e da Portaria nº30 e Resolução nº 12 do CADE.

O compromisso de desempenho deve estabelecer, de forma alternativa ou

NASCIMENTO, Cynthia e KLAJMİC, Magali. Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória. Brasília. *Revista de Direito Econômico*. CADE, nº 25, janeiro/julho 1997, p. 29-43

¹⁹⁷ NASCIMENTO, Cynthia e KLAJMİC, Magali. op. cit., p. 29-43.

¹⁹⁸ Cf. ANDRADE, Maria Cecília. op. cit., p. 399 e ss.. Acrescenta a autora que o CADE impunha com mais freqüência compromissos de desempenho comportamentais, o que “levava à conclusão que havia uma preocupação muito maior com os aspectos compensatórios dos atos em relação aos consumidores finais”.

¹⁹⁹ Desta forma a estrutura com potencial lesivo à concorrência é formada, porém busca-se evitar que tal potencial se traduza em lesões concretas ao direito da concorrência. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *As estruturas...*, p. 158-159.

²⁰⁰ PASSOS, Fernando. *Direito Concorrencial...*, Coord. Marcos da Costa, op. cit., p. 414.

²⁰¹ “O CADE fiscalizará o cumprimento de suas decisões”.

cumulativa, *i*) o ajuste do ato de concentração para a aprovação, *ii*) metas qualitativas e quantitativas, que visem aprimorar a eficiência resultante do ato submetido à apreciação, ou, ainda, *iii*), medidas compensatórias para as restrições à concorrência que serão criadas. Porém, o conteúdo do compromisso de desempenho deve estar contido no §1º do art. 54, pois tende a “assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1º do referido artigo”.²⁰²

Controvérsia relevante surge quando se estabelece no compromisso de desempenho questões relativas ao nível de emprego, dividindo-se a doutrina quanto a possibilidade ou não de se estabelecer questões desta natureza no seio deste mecanismo.²⁰³

Embora o cumprimento do compromisso de desempenho seja necessário à autorização do ato, nos casos em que for exigido, é certo que não se pode obrigar o agente econômico a firmá-lo com a autoridade antitruste, podendo preferir não realizar o ato que submeteu à apreciação. Assim, é uma manifestação de vontade do agente econômico. A experiência do CADE demonstra que as requerentes celebram “termo de adesão de condições unilateralmente fixadas pelo plenário do CADE, de aprovação de ato de concentração”, nas palavras de Pedro Dutra,²⁰⁴ e não um compromisso negociado e fruto da manifestação de vontade de duas partes.

Trata-se de experiência diversa da verificada nos sistemas norte-americano e europeu, em que, naquele, há uma negociação prévia entre o requerente e a autoridade antitruste, e neste há a apresentação pelo requerente dos atos que se dispõe a realizar para obter a autorização do ato submetido à aprovação. Tratam-se de sistemas mais efetivos que o adotado pelo CADE, e que poderiam ser utilizados no Brasil sem qualquer

²⁰² Art. 58, *caput*.

²⁰³ Contra a inclusão de tais questões, v. ANDRADE, Maria Cecília, *op. cit.*, p. 401, e a favor, PASSOS, Fernando, *op. cit.*, p. 412 e ss, e NASCIMENTO, Cynthia e KLAJMIC, Magali, *op. cit.*, p. 40. Para Calixto Salomão Filho seria possível que compromissos de desempenho tratasse do tema, mas que não seria coerente proibir a concentração tendo-o como base. *As estruturas...*, p. 308.

²⁰⁴ *Livre Concorrência...*, p. 37-38.

ilegalidade.²⁰⁵

5.4 Eficácia Retroativa das Decisões do CADE e o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação

Para submeter um determinado ato à apreciação do CADE com vistas a autorização para sua prática, estabelece o §4º do art. 54 duas possibilidades: i) a apresentação prévia ou ii) a apresentação *a posteriori*, até quinze dias após a realização do ato.

Diverge, em tal ponto, da “maioria das jurisdições maduras”,²⁰⁶ e que tem como consequência o fato de que “na experiência brasileira a quase totalidade dos atos de concentração são submetidos ao controle do CADE já em plena eficácia, em plena irradiação de seus efeitos sobre o mercado relevante em questão”, nas ponderações de Pedro Dutra.²⁰⁷

Esta posição heterodoxa da legislação brasileira permite, por óbvio, uma maior flexibilidade ao agente econômico,²⁰⁸ e parece estar atenta à morosidade dos órgãos da administração pública, que, via de regra, acabam por comprometer a atividade econômica.

O problema desta opção do legislador ganha contornos nítidos quando se trata de desaprovar um ato cuja apreciação requereu-se *a posteriori*, e que, somada à demora no julgamento do caso, permite a concretização de eventuais prejuízos à concorrência, o aumento dos custos de desfazimento da operação, além da insegurança trazida para o agente econômico.²⁰⁹⁻²¹⁰

²⁰⁵ Ibid., p. 40 e ss. Sobre a experiência europeia, v ANDRADE, Maria Cecília. op. cit., p. 397 e ss.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Gesner. op. cit., p. 19.

²⁰⁷ Op. cit., p. 55.

²⁰⁸ Cf. FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 225.

²⁰⁹ Cf. OLIVEIRA, Gesner, op. cit., p. 19.

²¹⁰ Imagine-se o caso de aquisição de concorrente, e que após longo tempo não é autorizada. Durante todo este período a empresa adquirida ficou sob controle de sua concorrente, o que pode lhe acarretar, após o julgamento, a saída do mercado, como resultado do período em que estava ‘adquirida’. É claro que muitas vezes opta-se pelo requerimento *a posteriori* justamente para provocar os efeitos negativos no mercado.

A desconstituição de atos cujas autorizações foram negadas, encontra-se disciplinada pelo disposto no §9º do art. 54, de modo que, segundo Maria Cecília Andrade, “é o Plenário do CADE que determinará as medidas a serem tomadas” para a desconstituição do ato e de seus efeitos, nas situações em que for possível,²¹¹ e quando o ato tiver prejudicado terceiros, responderá o agente econômico por perdas e danos.²¹²

Diante das dificuldades surgidas pelo controle *a posteriori*, o CADE, por meio da Resolução nº 28 regulamentou o instituto do Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação – APRO, e que possui o intuito de “preservar as condições de mercado, prevenindo as mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer na sua estrutura até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do processo”.²¹³

O APRO pode ser requerido tanto pelo conselheiro-relator quanto pelas partes, cabendo a decisão ao CADE, e se trata de um acordo negociado e celebrado entre a autoridade antitruste e os agentes econômicos, cujas cláusulas têm sido flexíveis, como se depreende da jurisprudência do próprio CADE.²¹⁴

²¹¹ “Claro está que os efeitos material ou juridicamente irreversíveis não poderão ser desconstruídos, visto que a lei não pode obrigar o impossível”, v. COELHO, Fábio Ulhôa, op. cit., p. 128.

²¹² Art. 54, §9º.

²¹³ Art. 8º, §1º, Resolução nº 28 de 24 de julho de 2002.

²¹⁴ OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino, op. cit., p. 210 e ss.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre as ‘válvulas de escape’ do sistema antitruste brasileiro, e que engloba não somente a lei de defesa da concorrência, mas princípios interpretativos e outros diplomas legais.

Assim, o escopo da legislação antitruste tem em vista a defesa do consumidor através da existência e preservação de uma ordem concorrencial, que é a garantia daquele para obter qualidade e preço competitivo, sendo, portanto, a proteção de tais interesses instrumentais e complementares. Delineou-se as principais formas de infração às normas de defesa da concorrência, enquadradas na ampla construção do art. 20 da lei nº 8.884/94.

Com o intuito de se amoldar e ao mesmo tempo modificar de forma significativa e eficaz a realidade econômica, de fundamental relevância são as ‘válvulas de escape’, que permitem o câmbio entre rigidez e flexibilidade.

A origem de tal instituto remete à antiga ‘regra da razão’ do sistema antitruste norte-americano, cuja jurisprudência criou uma regra para a interpretação do *Sherman Act*, por meio da qual a ilicitude dos atos que restringissem a concorrência só estaria caracterizada se ocorresse forma desarrazoada. As legislações posteriores absorveram tal experiência e reverteram-na nos modernos institutos de ‘válvula de escape’, atualmente encontrados nas legislações em vigor, ainda que com feições diversas.

Outrossim, no direito brasileiro, temos como ‘válvula de escape’ as isenções decorrentes de outras normas, ainda que não expressa, como é o caso dos setores regulados da economia, desde que tal regulação seja efetiva e tenha como escopo substituir a ordem concorrencial pela ordem regulatória.

Ainda, como importantes mecanismos de exceção às normas antitruste, se afiguram os conceitos de mercado relevante e posição dominante, já que a menor ou maior dimensão daquele, tem relação direta com os potenciais efeitos nocivos dos atos dos agentes econômicos, bem como com a determinação da existência ou não de posição dominante. Já a existência desta, que determina o grau de poder no mercado de um

determinado agente, é elemento central capaz de distinguir atos ilícitos e que causam efeitos danosos à concorrência, de atos que nada mais são que meras decisões empresariais, sem a possibilidade de resultados negativos para o mercado e consumidores.

Por fim, chega-se a análise da principal ‘válvula de escape’ do direito antitruste brasileiro, e que está expresso na legislação, mais notadamente no mecanismo de autorizações previstos pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94. Trata-se de verdadeira ‘regra da razão’ positivada, pois permite a existência de restrições à concorrência, ou de atos tendentes à dominação de mercados, desde que justificados, ou seja, atendidas as condições de eficiência e distribuição de benefícios previstas em seu §1º.

Como instrumental à disposição da autoridade antitruste, para que se alcance os benefícios à que faz alusão a regra do §1º do art. 54, encontra-se o compromisso de desempenho, com vistas a amoldar a operação sujeita a autorização a condições que visem diluir o impacto anticoncorrencial da prática, ou compensar-lhe os efeitos negativos, dentro do que dispõe o referido §1º.

E como forma de adaptação ao controle *a posteriori* do art. 54, o CADE pode estabelecer o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação, com vistas a evitar a produção de efeitos irreversíveis dos atos sujeitos à apreciação pela autoridade antitruste.

Vê-se, portanto, que o intérprete/aplicador das normas antitruste possui diversos mecanismos para amoldar a legislação à maleabilidade da realidade. Todavia, deve estar atento aos princípios e objetivos que norteiam o sistema antitruste para que possa responder com satisfação e eficácia à crescente demanda e relevância da defesa da concorrência no direito brasileiro.

7. BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Edson Vieira e POPP, Carlyle. *Comentários à nova lei antitruste*. Curitiba: Juruá, 1994

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de Concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

BRASIL. Presidência da República: Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. *Direito Administrativo Econômico*. SUNDFELD. Carlos Ari (Coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2000. P. 190-210.

COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. *RT* 375/29-35.

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/Comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados: estudos e pareceres*. São Paulo: Renovar, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Atos de Concentração e Mercado Relevante. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 1, n. 2, p. 344.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitude Duvidosa Amparada Judicialmente. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 1, p. 224.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Lei Antitruste*. 2ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KLAJMIC, Magali; NASCIMENTO, Cynthia. Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória. Brasília. *Revista de Direito Econômico*. CADE, nº 25, janeiro/julho 1997, p. 29-43

MATTOS, César (org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2003.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Economia Política: A Produção, Mercados e Preços*. Coimbra: SASUC, 1998.

_____. *Noção e Objecto da Economia Política*. Coimbra: Almedina, 1996.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao direito econômico*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____ e RODAS, J.G. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004.

POSSAS, Mario Luiz (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

ROSO, Jayme Vita. *Novos apontamentos à lei antitruste brasileira*. São Paulo: LTr, 1998,

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Direito Concorrencial: As Condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n.7, p. 29-44.

_____. *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.