

LEILA CUÉLLAR

**ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO
DIREITO DE CONCORRÊNCIA BRASILEIRO**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

CURITIBA
1997

LEILA CUÉLLAR

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO DE CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

CURITIBA

1997

LEILA CUÉLLAR

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO DE CONCORRÊNCIA
BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: PROFESSOR ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO

Curitiba, 1997.

ÍNDICE ANALÍTICO

INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I- PRESSUPOSTOS.....	4
1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	4
1.1 ESTADO LIBERAL.....	4
1.2 ESTADO INTERVENCIONISTA.....	10
1.2.1 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO INTERVENCIONISTA.....	10
1.2.2 FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA.....	13
2. LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA.....	18
2.1 NOÇÃO DE CONCORRÊNCIA.....	18
2.2 CONCORRÊNCIA LIVRE.....	22
2.3 PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA - LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE.....	25
2.4 PODER ECONÔMICO.....	28
PARTE II- POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO.....	32
1. POSIÇÃO DOMINANTE.....	32
1.1 CONCEITO DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	32
1.1.1 CONCEITO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	32
1.1.1.1 LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA.....	32
1.1.1.2 LEGISLAÇÃO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA.....	34
1.1.1.3 LEGISLAÇÃO ALEMÃ.....	37
1.1.1.4 LEGISLAÇÃO INGLESA.....	39
1.1.1.5 LEGISLAÇÃO ARGENTINA.....	39
1.1.1.6 LEGISLAÇÃO CANADENSE.....	41
1.1.1.7 LEGISLAÇÃO FRANCESA.....	42
1.1.1.8 LEGISLAÇÃO ITALIANA.....	43
1.1.1.9 LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.....	44
1.1.2 POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	46
1.1.2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	46
1.1.2.1.1 LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	46
1.1.2.1.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	48
1.1.2.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM VIGOR.....	50
1.1.2.2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIVRE CONCORRÊNCIA.....	50
1.1.2.2.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	54
1.1.3 POSIÇÃO DOMINANTE E CONTROLE.....	59
1.2 IDENTIFICAÇÃO DA POSIÇÃO DOMINANTE.....	64
1.2.1 O MERCADO RELEVANTE.....	64
1.2.1.1 O MERCADO DO PRODUTO.....	65
1.2.1.2 O MERCADO GEOGRÁFICO.....	70
1.2.1.3 O MERCADO TEMPORAL.....	72
1.2.2 CONFIGURAÇÃO DA POSIÇÃO DOMINANTE.....	72

2. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	76
2.1 NOÇÃO DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	76
2.1.1 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA DOUTRINA ESTRANGEIRA	76
2.1.2 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	78
2.1.3 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E ABUSO DE DIREITO.....	80
2.2 MODALIDADES DE CONDUTAS ABUSIVAS. ASPECTOS GERAIS.....	83
2.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	85
CONCLUSÕES.....	88
ANEXOS - LEGISLAÇÕES.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, consagra a livre concorrência como princípio orientador da ordem econômica. Estabelece, portanto, que os indivíduos são livres para ingressar e atuar no mercado econômico.

Essa liberdade de atuação não é irrestrita, comportando, dentre outros limites, aqueles impostos pelo artigo 173, parágrafo 4º, da Carta Constitucional. Referido dispositivo destaca que deverão ser reprimidas as práticas consistentes em abuso do poder econômico, que objetivem o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, lei antitruste atualmente em vigor, inseriu, ao lado dos delitos previstos no citado artigo da Constituição Federal, os comportamentos que causem ou possam acarretar abuso de posição dominante no mercado.

Em nenhum momento a Lei define posição dominante, nem mesmo explica em que consiste sua utilização abusiva. Cinge-se a fornecer exemplos de condutas abusivas e estabelecer presunção de detenção de posição de domínio, quando a empresa possuir determinada porcentagem de participação no mercado

pertinente. Logo, cabe à doutrina e à jurisprudência elaborar os conceitos de posição dominante e de seu uso abusivo.

O estudo proposto tem por objeto fornecer subsídios para que a figura do abuso de posição dominante possa ser melhor compreendida, desse modo colaborando com a interpretação e aplicação da lei antitruste.

Como a legislação brasileira sobre concorrência econômica sofreu forte influência do direito estrangeiro, além da análise do direito nacional, as referências à doutrina, legislação e jurisprudência alienígenas são de fundamental importância para aprofundamento do tópico aqui desenvolvido. Por essa razão, anexamos à monografia transcrição de trechos de leis estrangeiras relativos ao abuso de posição dominante.

A primeira parte do trabalho versa sobre considerações gerais, relacionadas com o direito antitruste, destinadas a permitir o desenvolvimento do tema central.

Considerando o fato de que a atuação dos indivíduos no domínio econômico sofre influência das determinações impostas pelo Estado, no capítulo primeiro abordamos a intervenção do Estado na economia, através de verificação da evolução da ação interventiva do Estado e das formas sob as quais ela se manifesta.

No capítulo seguinte destacamos as noções de concorrência e livre concorrência; os limites impostos à liberdade de concorrência, bem como a definição de abuso do poder econômico.

O segundo segmento do estudo é dedicado a examinar de forma abrangente o tema do abuso de posição dominante.

Em um primeiro momento tratamos do conceito de posição dominante, sua identificação e como se configura, atribuindo-se especial ênfase à noção de mercado relevante.

No capítulo segundo nossa atenção se volta para a definição de utilização abusiva de posição dominante. Tecemos, igualmente, algumas considerações sobre o procedimento de apuração e repressão ao abuso de posição dominante perante a SDE- Secretaria de Defesa Econômica e o CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PARTE I. PRESSUPOSTOS

CAPÍTULO 1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO¹

1.1 ESTADO LIBERAL

O Estado liberal surgiu no fim do século XVIII, sob influência do individualismo filosófico e político e da Revolução Francesa, mas igualmente em decorrência do liberalismo econômico da escola fisiocrata de François Quesnay e da escola clássica de Adam Smith. Enquanto concepção política, o liberalismo se afirmou no século XIX, a partir da obra de Stuart Mill, "Sobre a Liberdade" (1859).

Em "A Riqueza das Nações" (1776), SMITH sustentava que o homem deveria possuir liberdade total de atuação e condenava qualquer intervenção do Estado nas atividades dos indivíduos. O papel fundamental do Estado consistiria em manter a ordem e a segurança públicas.

Para o autor, ao Estado estavam reservados três deveres

¹ Para fins deste trabalho, conceitua-se domínio econômico como conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 509.)

básicos: defender a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades independentes; proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, ou estabelecer uma adequada administração da justiça; erigir e manter certas obras públicas e determinadas instituições públicas que nunca interessariam a qualquer indivíduo, ou a um pequeno número de indivíduos, porque o lucro obtido jamais poderia pagar as despesas efetuadas.²

O objetivo do Estado liberal se resumia na tutela da liberdade individual. O Estado deveria atuar de forma que cada um prosseguisse os fins que lhe aprouvessem, segundo as suas capacidades e talentos. Ao Estado competiria estabelecer o quadro geral da vida em sociedade, dentro do qual a liberdade individual de cada cidadão pudesse coexistir com a liberdade dos demais.

O Estado não intervinha no plano econômico, restringindo-se a zelar pela manutenção da ordem pública e demais condições da competição, fiscalizando o livre e normal desenvolvimento das atividades de produção, sem interferir na ação dos indivíduos.³

² SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. Trad. Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: Ediouro, [S.d.]. p. 314.

³ Eros GRAU ressalta que a não intervenção estatal na economia não pode ser entendida em termos absolutos, tendo o Estado sempre atuado de alguma forma no campo econômico. (GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 46.)

Como afirma Vital MOREIRA, o "Estado limitava-se à defesa da sociedade das ameaças ou agressões que a visem e ao exercício do poder de polícia sobre as perturbações que intentem pôr em causa a sanidade do corpo social."⁴ Era o Estado de polícia (*Etat gendarme*), que zelava pela segurança.

A máxima "*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*" traduz com precisão o princípio adotado pelo liberalismo. Ao indivíduo era assegurada plena liberdade para atuar no campo econômico, pois acreditava-se que o homem livre conseguiria satisfazer seus interesses de melhor forma, sem a interferência estatal.

A liberdade de iniciativa e a liberdade de concorrência, traços fundamentais da liberdade individual - princípios básicos do Estado liberal -, engendrariam uma organização racional da economia e um funcionamento equilibrado do mercado, só acontecendo desequilíbrios esporádicos, por isso a intervenção do Estado era desnecessária. Segundo SMITH, a satisfação das necessidades gerais da comunidade melhor se daria pela livre concorrência entre homens, que lograriam o interesse geral, mesmo sem dele cogitarem, guiados pelo que denominou de uma "mão invisível", ou seja, o sistema dos preços de mercado em resposta às forças da concorrência (pela oferta e procura).⁵

⁴ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Caminho, 1987. p. 41.

⁵ Cf. SMITH, p. 13 e VAN DEN BERG, Roger. *L'analisi economica del diritto della concorrenza*. In: FRIGNANI, A.; PARDOLESI, R.; PATRONI

Raymond BARRE ressalta que o sistema liberal pressupunha um modelo de mercado de *concorrência perfeita*, com as seguintes características fundamentais:⁶

1. *atomicidade do mercado* - a existência de número grande de unidades econômicas, tanto do lado da oferta quanto da demanda, nenhuma delas dotada de dimensão ou de poder no mercado suficiente para exercer qualquer ação sobre a oferta ou a procura;
2. *homogeneidade do produto* - todas as empresas produzem bens ou oferecem serviços que são qualificados pela demanda como idênticos ou homogêneos, não havendo razão para preferência de um determinado produto ou serviço;
3. *livre entrada na indústria* - qualquer um que queira se dedicar a alguma produção pode fazê-lo, sem restrições. Do mesmo modo, as empresas que compõem a indústria estão proibidas de impedir o ingresso de concorrentes ao mercado;

GRIFFI, A.; UBERTAZZI, L.C. **Diritto antitrust italiano**. Vol. I. Bologna: Zanichelli, 1993. p. 5.

⁶ BARRE, Raymond. **Economia política**. Trad. José Carlos de Assis e Roberto Paulino. [S.l.]: Difel, 1978. p. 235 e 236. A conjugação somente dos três primeiros elementos caracterizaria a denominada concorrência pura, modelo de mercado onde não existiria monopólio.

4. *perfeita transparência do mercado* - viabilizando a todos o acesso ao conhecimento completo dos fatores significativos do mercado;
5. existência, de indústria a indústria, de uma *perfeita mobilidade de fatores de produção*.

O modelo de concorrência perfeita exigia condições que talvez nunca pudessem se concretizar. Na metade do século XIX, por exemplo, vários setores foram dominados por grandes empresas e a situação monopolista ou quase monopolista invadiu o mercado.⁷ A homogeneidade de bens ou serviços jamais existiu. A adoção de uma concorrência ilimitada possibilitou a concentração de capitais e o domínio por parte de alguns. Predominava no mercado uma concorrência imperfeita, diversa do modelo concebido pela teoria liberal.

Face à distância existente entre o modelo ideal e a realidade do mercado, foram crescendo as dificuldades e desigualdades sociais, provocadas pelo liberalismo econômico, e, obviamente, a insatisfação.

Edvaldo BRITO sintetiza alguns fatos que motivaram as reações contra o liberalismo econômico:⁸

⁷ Cf. BARRE, p. 247 e DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1983. p. 244. DALLARI esclarece que dentre as causas da superação do liberalismo estavam o ultra-individualismo e os comportamentos egoístas, vantajosos, pelos mais hábeis, mais audaciosos, menos escrupulosos.

⁸ BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**: (Desenvolvimento econômico. Bem-estar social.). São Paulo:

[...] no desmentido oposto pelos fatos às premissas do liberalismo econômico; nos desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio, automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos, e, aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos.

CARVALHOSA enfatiza que a acumulação de capital, o progresso técnico e a concentração econômica foram elementos que contribuíram para a superação do regime liberal.⁹ Nesse aspecto, é importante lembrar que, embora a revolução industrial tenha acarretado a evolução nos meios de produção, provocou superprodução, crises, desemprego. Por outro lado, a incapacidade do sistema para responder às perturbações e às novas ingerências obrigou o Estado a intervir, disciplinando a economia, proporcionando o intervencionismo e o dirigismo econômicos.¹⁰

Referida mudança de comportamento foi influenciada por inúmeros fatos,¹¹ regroupados por NICZ em fatores de ordem

Saraiva, 1982. p. 19.

⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 81.

¹⁰ Cf. MOREIRA, p. 47.

¹¹ Os autores mencionados citam apenas alguns fatores que motivaram a superação do Estado liberal. Cumpre salientar que não é possível indicarmos com precisão quais circunstâncias a causaram, pois, como processo histórico, a transformação da atuação do Estado no domínio econômico decorre de inúmeras razões, não somente de natureza econômica.

social, política e ideológica,¹² quais sejam: o desequilíbrio social acarretado pelo desenvolvimento, a redução de salários e o desemprego; a adoção do sufrágio universal; o desenvolvimento das idéias socialistas,¹³ do catolicismo¹⁴ e do neoliberalismo.¹⁵

1.2 ESTADO INTERVENCIONISTA

1.2.1 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO INTERVENCIONISTA

Com o declínio do capitalismo concorrencial liberal, apareceu no final do século XIX o modelo de Estado intervencionista, que dominará durante o século XX.¹⁶

¹² NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 7-16.

¹³ As idéias socialistas proliferaram em decorrência dos conflitos existentes entre operários e patrões. Preconizavam, em síntese, a igualdade de classes e a supressão da propriedade privada.

¹⁴ Através das encíclicas "*Rerum Novarum*" (15/05/1891), de Leão XIII e "*Quadragesimo Anno*" (15/05/1931), de Pio XI, a doutrina social da Igreja se manifestou. (NICZ, p. 13.)

¹⁵ O neoliberalismo criticava o liberalismo, a partir da idéia de que a livre concorrência era falsa, pois trouxe consequências indesejadas, como o surgimento de grupos fortes que dominavam o mercado. Reclamava a intervenção do Estado, para evitar a formação de cartéis, trustes e monopólios. (NICZ, p. 16.)

¹⁶ À exceção dos países do antigo "bloco socialista", onde o Estado não propriamente "intervém" no mercado, mas existe um domínio estatal excludente da iniciativa privada.

O Estado assumiu a responsabilidade de conduzir o desenrolar do processo econômico e de realizar novas formas de atuação. Houve ampliação de suas funções, com a instituição de monopólios estatais e a regulamentação de várias atividades econômicas, por exemplo.

A mão invisível citada por SMITH, a qual regularia o mercado, sem necessidade de interferência estatal, foi substituída pela mão visível do Estado,¹⁷ mediante sua participação direta sobre o domínio econômico.

Como resultado da maior ingerência do Estado na economia, no final do século XIX foram elaboradas as primeiras legislações sobre proteção da livre concorrência - as denominadas legislações antitruste -, que almejavam a manutenção de uma concorrência livre, através da proibição de comportamentos considerados anticoncorrenciais.¹⁸

Em decorrência das duas Grandes Guerras e das crises econômicas (principalmente a de 1929), a intervenção estatal na economia se fez mais intensa e reiterada.

No entanto, o Estado não se afastou totalmente da economia descentralizada. A liberdade de iniciativa privada e a liberdade de concorrência são mantidas, mas admite-se que o Estado intervenha na ordem econômica, a fim de corrigir abusos,

¹⁷ A expressão é de Eros Grau. (GRAU, p. 18.)

¹⁸ Em 1889, surge a lei antitruste canadense e, em 1890, a Lei Sherman, primeira lei antitruste norte-americana.

solucionando os problemas decorrentes do mau uso da liberdade individual.

No modelo de Estado social, ativista, com atuação interventiva na ordem econômica e social,¹⁹ torna-se o Estado "responsável pela ordenação do processo econômico, passando a definir políticas e a dirigir seu encaminhamento."²⁰

A livre concorrência, princípio da ordem econômica também no Estado social, não se encaixa mais no modelo de concorrência perfeita (pressuposto ideológico do Estado liberal). Trata-se da *concorrência eficiente, praticável*,²¹ mais condizente com a realidade do mercado e sobre a qual se comentará no desenvolvimento deste trabalho.

Atribui-se à ordem econômica finalidade de justiça social, visando a assegurar a todos condições dignas de vida, de bem-estar comum e desenvolvimento. O Estado social é garante da efetiva participação de todos na vida política, econômica e social, provendo-lhes as necessidades e zelando pelo povo.²²

¹⁹ O comportamento interventivo do Estado encontra limite no interesse público que o justifica, não se permitindo que seja irrestrito nem imotivado. Nesse sentido esclarece RIPERT que "a democracia moderna engrandece o Estado para tornar o seu domínio mais facilmente aceitável, mas não admite que haja contradição entre o princípio da liberdade e o intervencionismo crescente." (RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o Direito Civil moderno**. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 115.)

²⁰ GRAU, p. 20.

²¹ A expressão deriva do termo "workable competition" utilizado pelos norte-americanos.

²² Cf. CARVALHOSA, p. 61.

Busca evitar as distorções ocorrentes no mercado e os fatores que as provocam.

1.2.2 FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

A intervenção do Estado no domínio econômico, entendida como a atuação estatal no setor privado, pode ser classificada sob diversos enfoques. Interessa-nos apreciar somente algumas das classificações propostas pelos doutrinadores, as quais diferenciam as formas de ingerência do poder público no processo econômico.²³

Para Jean RIVERO, a intervenção estatal realizar-se-ia por quatro modos: infiltração (o Estado intervém na atividade privada, através de regras imperativas, como na regulação dos contratos de trabalho); delimitação externa ou "*encerclement*" de um setor da vida privada (verifica-se sempre que, mediante normas de Direito Público, estabeleçam-se, por exemplo, proibições de fazer aos empresários); protetorado estatal (a atividade em questão continua sendo privada, mas se submete a normas administrativas) e anexação de um campo da atividade privada ao setor público (são os casos de nacionalização por

²³ O presente estudo ficará restrito à análise das classificações apresentadas pelos autores mencionados, por sua relevância e representatividade científica.

desapropriação, por exemplo).²⁴

Segundo Eros GRAU, que adota a divisão proposta por Gerson Augusto da SILVA, a intervenção estatal na economia pode se dar de três formas diversas:²⁵

1. *intervenção por absorção ou participação* - a organização estatal, na qualidade de agente econômico, pode assumir integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca, em determinado setor da atividade econômica, em regime de monopólio (intervenção por absorção), ou atuar em regime de competição com empresas privadas que continuam a desenvolver suas atividades no mercado (intervenção por participação);
2. *intervenção por direção* - como ente regulador, o Estado passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica. Normas de intervenção por direção são comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito (por exemplo, o controle de preços);

²⁴ Apud GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. 2. 9. ed. Madrid: Tecnos. p. 107.

²⁵ GRAU, p. 162-164.

3. *intervenção por indução* - a organização estatal manipula o instrumental de intervenção na atividade econômica, em consonância com as leis que regem o funcionamento do mercado. Regras de intervenção por indução são normas dispositivas, incitações, estímulos, incentivos à atuação de agentes econômicos. Exemplo disso dá-se quando o Estado onera, através de imposto elevado, o exercício de determinada atividade econômica, como a importação de certos bens.

GARRIDO FALLA assevera que a atividade interventiva do Estado na economia pode se efetivar de três modos distintos, quais sejam: *atividade de coação* (quando o Estado, por meio de seu poder de polícia, obriga os particulares a ajustarem seus comportamentos ou seus patrimônios de acordo com o interesse público); *atividade de estímulo ou persuasão* (a Administração Pública concede benefícios à atividade privada, a fim de estimulá-la, através do fomento, por exemplo) e *atividade de prestação* (o próprio Estado desempenha as atividades econômicas indispensáveis para satisfazer necessidades públicas).²⁶

No mesmo sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO argumenta que o Estado intervém na atividade econômica de três maneiras:²⁷

²⁶ GARRIDO FALLA, p. 114.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Estado e a ordem econômica.**

1. *disciplinando-a*, por intermédio de seu poder de polícia, ao impor limitações à atividade econômica, a fim de compatibilizá-la com os interesses coletivos. Atua o Estado como agente normativo e regulador;
2. *fomentando-a*, ao propiciar estímulos e condições de desenvolvimento, mediante implantação de infraestrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos;
3. *assumindo-a*, de forma a protagonizá-la como "sujeito ativo", como agente que a explora.

André de LAUBADÈRE,²⁸ Vital MOREIRA²⁹ e Luís S. Cabral de MONCADA³⁰ separam as formas de intervenção do Estado no domínio econômico em duas espécies: diretas e indiretas. A primeira se efetiva quando o Estado se comporta como sujeito ativo, tomando parte direta no processo econômico. Quando age de forma indireta, o Estado não desempenha atividade econômica, mas disciplina e controla a atuação privada, por meio de estímulos

In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, n° 62. p. 34.

²⁸ LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. p. 29.

²⁹ MOREIRA, p. 143.

³⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 183 e 285.

ou de imposições de limitações sobre o funcionamento das empresas.

Para esses autores, ao Estado é permitido intervir no processo econômico, na qualidade de produtor, mediante instituição de monopólio estatal ou concorrendo com os particulares.

Como administrador e planificador da economia, o Estado utiliza-se de ação fomentadora, prevendo incentivos à iniciativa privada, ou de ação disciplinar, proibindo e condicionando atividades econômicas, coordenando-as e fiscalizando-as, por meio de seu poder de polícia.³¹ Isso se verifica com a edição de normas legais e regulamentares, a fiscalização da sua observância (vigilância) e a expedição de atos administrativos de caráter preventivo (licenças, autorizações) ou repressivo (multas, invalidações de atos de fusão ou associações).

³¹ "A *polícia económica* designa toda e qualquer limitação ou condicionamento por parte de poderes públicos ao livre exercício da actividade económica." (SANTOS, António Carlos dos et al. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 230.)

CAPÍTULO 2. LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

2.1 NOÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Etimologicamente, concorrência significa coincidência, concurso, competição, luta, rivalidade.

O *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* sustenta que concorrência é competição, disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes.³² Quanto à definição de competição, faz referência a busca simultânea, por dois ou mais indivíduos, de uma vantagem, uma vitória, um prêmio, ou luta, desafio, disputa, rivalidade.³³

Para Laudelino FREIRE, concorrência corresponde à pretensão de mais de uma pessoa à mesma coisa; confluência; rivalidade entre produtores ou entre negociantes, fabricantes ou empresários.³⁴ Competição equivaleria à ação de concorrer na

³² FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986. p. 447.

³³ Ibid., p. 440.

³⁴ FREIRE, Laudelino. **Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa**. Vol. 2. 2. ed. [S.l.]: José Olympio, 1954. p. 1504.

mesma pretensão com outro, rivalizar.³⁵

Concorrência econômica seria, assim, a disputa ou competição entre empresas detentoras de bens análogos, pela conquista do mercado. No Brasil, utilizamos *concorrência* e *competição* como termos sinônimos, com a adoção preferencial do primeiro.³⁶

Conforme ensina FRANCESCHELLI, concorrência é a situação na qual se encontram, atual ou potencialmente, dois ou mais empresários que, operando no mesmo âmbito de mercado, oferecem bens e serviços suscetíveis de satisfazer, ainda que com meios distintos, a mesma necessidade, e, por conseguinte, encontram-se em uma situação de conflito de interesses em relação à clientela.³⁷

³⁵ Ibid., p. 1484.

³⁶ No intuito de esclarecer o significado de concorrência, FONT GALÁN diferencia no idioma espanhol os vocábulos "*concurrentia*" e "*competencia*". Para o autor, "*concurrentia*" seria "*junta de varias personas en un lugar*" e "*competencia*" equivaleria a "*disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa*". A "*concurrentia*" corresponderia ao pressuposto fático da "*competencia*". (FONT GALÁN, Juan Ignacio. **Constitución económica y derecho de la competencia**. Madrid: Tecnos, 1987. p. 32.)

³⁷ "[...] Sono concorrenti, o si trovano in concorrenza, due o più imprese che in un determinato periodo di tempo offrano (o domandino) o possano offrire (o domandare) beni o servizi suscettibili di soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno o bisogni simili o complementari, nel medesimo ambito di mercato attuale o immediatamente potenziale, ancorchè la concorrenza risulti da un insieme di beni o servizi succedanei o le imprese si valgano di elementi intesi a trasformare in un'offerta di monopolio l'offerta concorrenziale, sempre che tali elementi siano quelli che, in considerazione della loro utilità sociale, l'ordinamento giuridico riconosce in via specifica e tutela [...]." (FRANCESCHELLI, Remo. **Trattato di diritto industriale**. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1973. p. 509.)

GHIDINI aduz que concorrência designa um modo de ser da iniciativa econômica, ou seja, a condição de liberdade, para todos, com algumas limitações, de entrar e agir no mesmo mercado, atual ou potencial, oferecendo bens ou serviços suscetíveis de satisfazer necessidades e interesses idênticos, similares ou complementares.³⁸

Em um mercado de economia liberal plena, pressupunha-se a existência de concorrência perfeita, atuando os agentes econômicos livremente e em igualdade de condições. Acreditava-se que a competição entre os comerciantes para conquistar a clientela estimularia preços, produtos e serviços melhores, com benefícios para todos.

A realidade demonstrou que as condições do mercado se afastavam do modelo idealizado. Verificou-se, dentre outros fatos, o desenvolvimento de monopólios,³⁹ oligopólios⁴⁰ e concentrações econômicas⁴¹ e a não verificação de homogeneidade entre os produtos ou serviços ofertados, comprovando a impossibilidade fática de existirem mercado e concorrência

³⁸ GALGANO, Francesco (Dir.). **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia**: La concorrenza e i consorzi. Vol. IV. Padova: Cedam, 1981. p. 1.

³⁹ O monopólio se caracteriza pela concentração da oferta de determinado bem ou serviço nas mãos de uma empresa.

⁴⁰ Oligopólio é forma de mercado onde existem poucos operadores econômicos detendo a exclusividade da oferta de determinado bem ou serviço.

⁴¹ Concentração econômica consiste em processo econômico que envolva a união de empresas concorrentes.

"perfeitos", a não ser como pressupostos científicos de teorias econômicas.

A concorrência passou a ser vislumbrada tendo em vista as características do mercado imperfeito, porque real, e por isso é denominada de concorrência imperfeita, praticável ou efetiva.

De acordo com FONT GALÁN, as características do mercado baseado no regime da concorrência imperfeita seriam as seguintes:⁴²

1. liberdade de acesso ao mercado e multiplicidade de empresários;
2. falta de homogeneidade dos produtos ou serviços e caráter substituível dos mesmos;
3. presença dos poderes econômicos ou de mercado que controlam ou manipulam direta ou indiretamente a oferta, a demanda, os preços, as condições de troca ou contratação de bens e serviços, condições de frequência impostas ou controladas pelos poderes econômicos fáticos encarnados por empresários dominantes;
4. tendência à concentração de grandes empresas;
5. intervenção do Estado na economia do país, tanto para regular a vida econômica dos diversos setores

⁴² FONT GALÁN, p. 37.

industriais e mercados, como para desenvolver diretamente atividades econômicas;

6. existência de um certo grau de competitividade entre as empresas.

O modelo teórico de concorrência imperfeita, predominante na época atual, distancia-se muito do modelo preconizado pela economia liberal. Tem como ponto de partida as condições reais do mercado: a existência de empresas dominantes e a tendência à concentração (através de várias formas de união entre empresas), mas com preservação da competição; a não homogeneidade dos produtos e serviços; a intervenção estatal no domínio econômico, como empresário ou regulador da economia, e a manutenção dos princípios liberais de livre iniciativa e livre concorrência.

2.2 CONCORRÊNCIA LIVRE

Concorrência é o estado de fato onde os agentes econômicos, detentores de liberdade de iniciativa e atuação econômica, buscam conquistar a clientela em determinado mercado.

FONT GALÁN leciona que os requisitos fundamentais para que haja efetivo funcionamento da concorrência, como motor do sistema da economia de mercado, seriam: o exercício de

atividade econômica livre por parte de pluralidade de empresários; a liberdade dos empresários competidores para oferecer ao público, ainda que dentro de certos limites, aquelas condições de contratação e vantagens comerciais que estimem oportunas; a liberdade dos consumidores ou usuários para contratar com qualquer dos empresários que ofereçam os bens ou serviços de que necessitem, ou seja, liberdade de escolha das ofertas de bens ou serviços no mercado (livre formação da vontade).⁴³

Para que a concorrência se verifique é imprescindível que os particulares disponham de liberdade de iniciativa econômica (liberdade de empresa) e de atuação no mercado.

A liberdade de empresa ou de iniciativa econômica implica liberdade de acesso ao mercado, ao exercício da generalidade das atividades econômicas, sem necessidade de prévia autorização do poder público, salvo as exceções legais. Corresponde, igualmente, à determinação ao próprio Estado de abstenção da exploração direta de atividade econômica, quer através da Administração direta, quer mediante empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades.

Isso não significa dizer que a liberdade de iniciativa seja irrestrita. As limitações à atuação privada são aspectos importantes da regulação pública da economia, no intuito de

⁴³ FONT GALÁN, p. 52.

resguardar os interesses públicos e de se manter as condições de liberdade e igualdade de todos os indivíduos.⁴⁴

A liberdade de concorrência corresponde à faculdade que possui o comerciante de conquistar a clientela, da maneira que lhe for mais conveniente, desde que não através de concorrência desleal. Abrange, igualmente, a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes.⁴⁵

O Estado pode impor restrições à atividade privada, através da instituição de monopólios estatais, ou mesmo da concessão do monopólio de certa atividade econômica a um particular. Pode, também, restringir o direito dos indivíduos participarem de determinadas atividades econômicas, como ocorre, por exemplo, com a vedação aos estrangeiros do direito de participar da exploração de empresa jornalística.⁴⁶

⁴⁴ "Existem duas sortes de limites à liberdade de iniciativa: limites intrínsecos e limites extrínsecos. Limites intrínsecos são aqueles que decorrem das conformações do objeto da atividade e limites extrínsecos são os que se referem à coexistência da liberdade com as demais esferas de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico." (CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 115.)

⁴⁵ GRAU, Eros. **Princípio da livre concorrência - função regulamentar e função normativa**. In: Revista Trimestrial de Direito Público, São Paulo: Malheiros, 1993, nº 4. p. 124.

⁴⁶ As empresas jornalísticas e as empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão ser de propriedade privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, por determinação do artigo 222 da Constituição Federal de 1988.

Outras previsões legais restritivas da liberdade de concorrência estão incluídas nas leis protetivas dos direitos dos consumidores, nas normas sobre concorrência desleal e propriedade industrial, na legislação antitruste, dentre outros diplomas legais.

Ademais, existem limitações impostas por convenções entre particulares, nas quais se pactua a proibição de uma parte contratante concorrer com a outra.

2.3 PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA - LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

Entendemos que a concorrência precisa ser mantida livre, sem ingerência externa por parte do Estado, pois é através da livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos e custos, na procura da criação de condições mais favoráveis ao consumidor.⁴⁷ A livre concorrência permite que o mercado selecione os mais capazes, orientando a produção para os setores suscetíveis de garantir melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, possibilita a mais eficiente utilização dos recursos econômicos

⁴⁷ Cf. BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 26.

disponíveis.⁴⁸ Logo, deve o Estado garantir a manutenção da concorrência livre.⁴⁹

A regulamentação da concorrência pode se verificar em nível micro e macro-econômico.⁵⁰ Em sentido micro-econômico, sua finalidade é a proteção individualizada da empresa comercial, como ocorre por meio das normas de concorrência desleal.⁵¹ Já a disciplina macro-econômica da concorrência tem por escopo proteger o mercado, o que acontece por intermédio das legislações antitruste.⁵²

⁴⁸ MONCADA, p. 312.

⁴⁹ Duas teorias procuram explicar a motivação da tutela da concorrência nos países capitalistas, conforme a função que exerce a concorrência. Para a teoria da concorrência-condição, adotada pelo direito norte-americano, a concorrência seria um fim, um objetivo em si mesma. A teoria da concorrência-instrumento, por outro lado, entende que a concorrência é meio para obter o equilíbrio econômico, razão pela qual é protegida. As legislações francesa, alemã e da Comunidade Econômica Européia são partidárias da segunda teoria. (Cf. BRAULT, Dominique. **Droit de la concurrence comparé: vers un ordre concurrentiel mondial?** Paris: Economica, 1995. p. 11.)

⁵⁰ Cf. PATRICIO, J. Simões. **Direito da concorrência: aspectos gerais.** Lisboa: Gradiva, 1982. p. 58 e 59.

⁵¹ Entende-se por concorrência desleal qualquer conduta de um comerciante, dirigida a desviar em proveito próprio a clientela de outro, por meio de atividades inescrupulosas, que violem os deveres de lealdade, honestidade, correção e bons costumes. (Cf. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade industrial.** Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 1266.)

⁵² Neste trabalho será utilizada a forma usualmente adotada dos termos "trust" e antitruste. Isabel VAZ explica que a expressão "trust" corresponde a espécie de contrato de lealdade, pelo qual uma pessoa deposita em mãos de outra um bem, que deve ser conservado e administrado em proveito do depositante ou de terceiro, sem poder retirar dele o menor benefício. Como referido contrato passou a ser utilizado como forma de concentração do poder econômico, criou-se nos Estados Unidos a legislação antitruste (Sherman Act, de 1890). Sob influência da legislação americana, foi empregado no Brasil o vocábulo "trust" de forma distorcida, para designar grandes empresas, combinações de sociedades ou monopólios que controlam um setor do mercado, originando a denominação "legislação

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 - denominados pela legislação brasileira de abuso do poder econômico.⁵³

Jaime VILLEGAS CAYON cita os objetivos fundamentais das leis antitruste:⁵⁴

- a) proteger as liberdades políticas e individuais, na medida em que permitem ao consumidor optar entre concorrentes, evitando, assim, a dependência à mera tolerância de um grupo monopolista;
- b) proteger o consumidor quanto à boa qualidade dos produtos e aos preços razoáveis;
- c) contribuir para a máxima eficiência econômica, mediante decisões livremente tomadas pelos empresários, sob a égide da concorrência, e não sob imposições de monopólio;

antitruste". (VAZ, Isabel. **Nova legislação antitruste brasileira: aspectos regulamentares e institucionais.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1994, nº 124. p. 52.)

⁵³ No próximo item abordaremos a definição de poder econômico.

⁵⁴ Apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): alguns aspectos.** In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, nº 75. p. 292.

- d) possibilitar a melhor utilização da inventiva e da iniciativa individuais, oferecendo maiores oportunidades de participação na atividade econômica.

A política antitruste limita o exercício da liberdade de concorrência entre empresas, objetivando prevenir a destruição da própria concorrência. Visa a manter a condição de igualdade entre concorrentes e resguardar os interesses dos consumidores, através da prevenção de delitos e punição dos infratores.

2.4 PODER ECONÔMICO

A concorrência, como processo econômico, implica a existência de um ou alguns "vencedores", ao final da competição. A atividade econômica acarreta, assim, a sobreposição de um ou alguns concorrentes sobre os demais e a existência de poder econômico.⁵⁵

Conforme salienta Washington Albino Peluso de SOUZA, é a própria aceitação da concorrência livre que conduz ao domínio final do mercado por um dos concorrentes ou por pequeno número

⁵⁵ Cf. GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Trad. Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1986, p. 13. Também BASTOS e MARTINS, p. 94.

deles.⁵⁶

Em sua acepção clássica, o poder consiste na possibilidade de alguém impor sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas.⁵⁷ É capacidade de agir autonomamente. Já o poder econômico, enquanto manifestação específica do poder, é a possibilidade que tem uma entidade de tomar certa decisão econômica independente, face a determinadas circunstâncias, como a fixação de preços, ou a escolha do volume de trabalho, e de se impor sobre os concorrentes.⁵⁸ Trata-se de posição de força, opção negocial autônoma, passível muitas vezes de acarretar atuação monopolística da empresa detentora do poder no mercado.⁵⁹

Caracteriza-se o poder econômico pelo comando de recursos conferidos a um indivíduo ou a um grupo. Tais recursos compreendem tanto os bens e serviços usados em consumo quanto os fatores utilizados na produção. O poder econômico equivale, assim, à detenção, em alta escala, dos meios de produção,

⁵⁶ Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1992. p. 163.

⁵⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 1. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 33.

⁵⁸ HOUSSIAUX, Jacques. **Le pouvoir de monopole**. Sirey: Paris, 1958. p. 65.

⁵⁹ CARVALHOSA, p. 18.

concentrados em grupo de pessoas ou em grupo de empresas, ou mesmo nas mãos de uma só pessoa.

O poder econômico existe de fato, bem como a desigualdade entre os agentes econômicos, decorrente da própria competição no mercado. O ordenamento jurídico aceita tal poder, mas sua utilização abusiva é condenada.

Em relação ao artigo 157, V da Constituição de 1967, VENÂNCIO FILHO sustentava que "abuso do poder econômico" era expressão que abrangia todas as manifestações de caráter monopolístico e com caracterização expressa da união e agrupamento de empresas, tendo por consequência a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.⁶⁰ Atualmente existe previsão semelhante à da Constituição de 1967, no parágrafo 4º, do artigo 173, da Constituição Federal de 1988.

Segundo FERRAZ JÚNIOR, a busca do lucro condiciona e possibilita a acumulação de capitais e o aumento da dimensão da empresa. Este processo pode conduzir a ajustes, coalizões, fusões, incorporações ou integrações, como instrumentos de competição, surgindo o poder econômico como dado constante das relações econômicas.⁶¹ Salaria o autor que o uso estratégico do poder, a fim de obter posições de maior predominância no

⁶⁰ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968. p. 57.

⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional**. In: Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, nº 45(180), 1992. p. 182-183.

interior do mercado, é admitido, mas não sua utilização abusiva. O abuso de poder consistiria em desvio de finalidade, significando o uso do poder econômico de modo a prejudicar e até inviabilizar a liberdade e a justiça econômicas.

Assim, o poder econômico deve ser exercido dentro dos limites prescritos pelo ordenamento jurídico, em consonância com a finalidade que lhe é atribuída. Sua utilização não pode violar outros interesses tutelados e considerados mais importantes do que a liberdade de concorrência econômica das empresas.

Como espécie de abuso de poder, o abuso de poder econômico consiste na utilização do poder econômico para atingir fim distinto daquele que é orientado pelo ordenamento jurídico.⁶²

⁶² O tema do abuso será melhor examinado no capítulo 2, parte 2.

PARTE II. POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO

CAPÍTULO 1. POSIÇÃO DOMINANTE

1.1 CONCEITO DE POSIÇÃO DOMINANTE

1.1.1 CONCEITO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO ESTRANGEIRO

Embora nem todas as legislações estrangeiras tenham definido posição de domínio, observamos que fornecem elementos indicadores para a determinação desse conceito.

A seguir analisaremos as mais significativas legislações a respeito do assunto, em ordem cronológica, visando a fornecer subsídios para compreensão do que seja posição dominante.

1.1.1.1 Legislação Norte-americana

No direito norte-americano a posição dominante se identifica com o poder de monopólio, isto é, o poder de controle dos preços ou de exclusão da concorrência.

O *Sherman Act* (1890) dispõe, na seção 2, que "configura infração o fato de uma pessoa monopolizar ou tentar fazê-lo, combinar ou conspirar com outra(s) pessoa(s) para monopolizar qualquer parte do comércio entre os diversos estados, ou com nações estrangeiras."⁶³

A lei norte-americana não alude à utilização abusiva da posição dominante, preocupando-se com a mera detenção de tal situação. Procura impedir que se formem monopólios.

Na verdade e ao que se infere, na legislação norte-americana de 1890 havia previsão das figuras básicas de "antitrust", das quais o monopólio é a mais representativa. Posteriormente, optou-se não pela multiplicação dos tipos de conduta, mas pela subsunção das novas formas àquelas que já vinham previstas na legislação pretérita.⁶⁴ Por isso que se dá tal "confusão" entre institutos como o monopólio e o abuso de posição dominante.

A posição dominante e o monopólio, todavia, não são sinônimos, como veremos em tópico sobre a legislação brasileira em vigor, pois o conceito de posição dominante é mais amplo do

⁶³ "Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several states, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony [...]." (FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. **Cases and materials on antitrust**. St. Paul: West Publishing, 1989. p. 874.)

⁶⁴ É da tradição norte-americana adaptar as novas figuras ao direito já posto, flexibilizando-se a definição antiga, para fazê-la albergar uma nova situação de fato, ao invés de disciplinar as novas hipóteses em tantas outras previsões normativas. Desta tarefa encarregam-se os tribunais, em cuja esteira vem a doutrina.

que o de monopólio. Ademais, embora as situações monopolísticas pressuponham detenção de posição dominante, esta pode existir, sem que ocorra monopólio.⁶⁵

1.1.1.2 Legislação da Comunidade Económica Europeia

O Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Económica Europeia, consagra, em seus artigos 85 a 90, regras sobre concorrência aplicáveis aos Estados membros.⁶⁶

O artigo 86 proíbe o fato de uma ou várias empresas abusarem de posição dominante no mercado comum ou em parte

⁶⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS leciona que o conceito de posição dominante compreende também as situações em que várias empresas adotam uma atitude competitiva entre si, mantendo sua individualidade e independência operativa, mas não existindo outras empresas capazes de desempenhar uma concorrência efetiva. (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia**. Buenos Aires: Heliasta. [S.d.]. p. 660 e 661.)

⁶⁶ É possível que muitas vezes existam duas normas sobre concorrência relativas ao mesmo fato: uma comunitária e outra nacional. Indaga-se, portanto, qual das regras seria aplicada. Para solucionar o problema surgiram duas teorias. Consoante a teoria da "barreira única", o direito comunitário da concorrência é aplicável, desde que os comportamentos em questão preencham os pressupostos dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma. Assim, o direito nacional de cada Estado membro cederia à supremacia do direito comunitário. Já a teoria da "barreira dupla" sustenta que há incidência cumulativa das ordens jurídicas às restrições que preencham os pressupostos das regras de concorrência nacional e comunitária. O direito europeu aplicar-se-ia ao comércio interestadual e o direito nacional protegeria o comércio interno. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, desde o caso "Walt Wilhelm", de 1969, adota a teoria da "barreira dupla", com alguns temperamentos, estabelecendo, por exemplo, a necessidade de considerar-se a sanção anteriormente prescrita. (Cf. FRIGNANI, A.; PARDOLESI, R.; GRIFFI, A. P.; UBERTAZZI, L. C. **Diritto antitrust italiano**: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Vol I, Bologna: Zanichelli, 1993. p. 114-122 e VAZ, Manoel. **Direito Económico**: a ordem económica portuguesa. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 192-195.)

dele, quando o comércio entre os Estados-membros puder ser afetado. Não qualifica a posição dominante, mas apenas enumera exemplos de práticas abusivas nas alíneas 'a' a 'd'.⁶⁷

Na Comunidade Económica Europeia, a noção de posição dominante tem sido determinada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, pela Comissão da Comunidade Europeia⁶⁸ e pela doutrina.⁶⁹

Em 1º de dezembro de 1965, através de memorando, a Comissão da Comunidade Europeia concluiu que "a posição

⁶⁷ "Art. 86. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra e de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos." (LARANJEIRO, Carlos. **Tratado de Roma**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 74-75.)

⁶⁸ Por força do artigo 89 do Tratado de Roma, a Comissão da Comunidade Europeia tem o dever de zelar pela observância e aplicação dos princípios estabelecidos pelos artigos 85 e 86, dispondo de poder para recolher informações, efetuar verificações e elaborar decisões.

⁶⁹ O Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951, instituidor da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA, no entanto, concebe a posição dominante como a possibilidade que a empresa tenha, de fato ou de direito, de subtrair-se a uma concorrência efetiva:

"Art.66 [...]

7. Si la Haute Autorité reconnaît que des entreprises publiques ou privées qui, en droit ou en fait, ont ou acquièrent, sur le marché d'un des produits relevant de sa juridiction, une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du marché commun, utilisent cette position à des fins contraires aux objectifs du présent Traité, elle leur adresse toutes recommandations propres à obtenir que cette position ne soit pas utilisée à ces fins [...]"

dominante se trata inicialmente de um poder econômico, ou seja, a faculdade de exercer sobre o funcionamento do mercado uma influência notável, e em princípio previsível, pela empresa dominante.”⁷⁰

Posteriormente, em 1972, no caso “Continental Can”, a Comissão entendeu que determinada empresa encontra-se em posição dominante sempre que possa adotar comportamentos independentes, que lhe permitam atuar sem ter excessivamente em conta seus competidores, compradores ou fornecedores, e que seja capaz de determinar os preços, a produção ou distribuição de uma parte significativa dos produtos em questão.⁷¹

⁷⁰ Eis o que prevê o memorando:

“En primer lugar, se trata de un poder económico, es decir, la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable, y en principio previsible, por la empresa dominante. Esta facultad económica de una empresa dominante influye sobre el comportamiento y sobre las decisiones económicas de otras empresas, se emplee o no en un sentido dado. Una empresa que puede eliminar, cuando quiera, a las demás empresas competidoras del mercado, puede disponer ya de una posición de dominio y determinar de un modo decisivo el comportamiento de las demás empresas, aun cuando su propia parte del mercado sea todavía relativamente débil.” (GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine. **Derecho Comercial Europeo**. Madrid: Graficas Joaquín Morales, 1984. p. 397.)

⁷¹ “3. Unas empresas se hallan en posición dominante cuando tienen una posibilidad de comportamientos independientes que les sitúa en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta sus competidores, compradores o proveedores; que tal cosa ocurre cuando, en razón de su parte de mercado, o de su parte de mercado en relación con la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capitales, tienen la posibilidad de determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los productos en cuestión; que tal posibilidad no debe provenir necesariamente de una dominación absoluta que permita a las empresas que le poseen eliminar toda voluntad de la parte de sus competidores, sino que basta con que sea lo suficientemente fuerte en conjunto, como para asegurar a estas empresas una independencia global de comportamiento, aunque haya diferencias de intensidad en su influencia sobre los distintos mercados parciales.” (KORAH, Valentine. **Introducción al derecho y práctica de la competencia en la C.E.E.** Trad. Alejandro Fernández de Aráoz Gómez-Acebo. Barcelona: Editorial Ariel, 1988. p. 201 e 202.)

Para o direito comunitário europeu, a posição dominante é a situação de poder desfrutada por uma ou mais empresas, mediante comportamento independente de influências dos competidores, clientes e consumidores, que lhe(s) permite impedir a manutenção de efetiva competição sobre mercado relevante.

1.1.1.3 Legislação Alemã

A lei alemã sobre restrições da concorrência, GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), de 27 de julho de 1957, proíbe o abuso de posição dominante. Consoante o artigo 22, a posição de domínio de uma ou mais empresas em face das concorrentes se concretiza toda vez que a(s) empresa(s): (i) não possua(m) concorrentes ou não esteja(m) exposta(s) a uma concorrência substancial, ou (ii) se sobreponha(m) às concorrentes.⁷²

⁷² Assim dispõe a lei alemã:

"Article 22 Entreprises occupant une position dominante sur le marché; pouvoirs de l'autorité de contrôle des ententes

(1) Au sens de la présente loi, une entreprise occupe position dominante sur le marché dans la mesure où, en tant que fournisseur ou acheteur d'un certain type de biens ou de services commerciaux:

1. elle n'a pas de concurrent ou n'est pas exposée à une concurrence notable quelconque,

2. ou jouit sur le marché d'une situation prépondérante par rapport à ses concurrents; à cet égard, il convient de tenir compte, non seulement de la place qu'elle occupe sur le marché, mais notamment de sa puissance financière, de ses possibilités d'accès aux marchés de fourniture ou d'écoulement de biens et services, de ses liens avec d'autres entreprises, ainsi que des obstacles de fait ou de droit qui s'opposent à l'entrée d'autres entreprises sur le marché.

(2) Deux ou plusieurs entreprises doivent aussi être présumées dominantes sur le marché pour autant qu'il n'existe entre elles, pour un

Na segunda hipótese prevista, a lei esclarece que é preciso avaliar não somente a participação da(s) empresa(s) no mercado, mas, em particular, sua força financeira, suas possibilidades de acesso aos mercados fornecedores e de escoamento, suas ligações com outras empresas, bem como as barreiras de fato e de direito impostas à penetração de outras empresas no mercado.

Para conceituar a posição de domínio, o direito alemão faz referência à ausência de concorrência total ou substancial e à posição de preponderância da(s) empresa(s) sobre as demais, enfatizando a necessidade de apreciação fática dos elementos que demonstrem a existência da posição de domínio de uma empresa sobre o mercado. Admite também presunção de ocorrência de domínio por parte de uma ou mais empresas, consoante a quota de participação no mercado por ela(s) detida.

certain type de biens ou de services commerciaux, aucune concurrence notable, soit pour des raisons de fait d'ordre général, soit à l'égard de marchés déterminés et lorsque, conjointement, elles remplissent les conditions prévues à l'alinéa 1 du présent article,

(3) Il doit être présumé:

1. qu'une entreprise occupe position dominante, au sens de l'alinéa 1 du présent article, si sa part du marché est au moins d'un tiers pour un certain type de marchandise ou de services commerciaux; une telle présomption n'est pas retenue s'il s'agit d'une entreprise dont le chiffre d'affaires au cours du dernier exercice commercial est resté inférieur à 250 millions de DM;

2. les conditions prévues à l'alinéa 2 du présent article sont réunies si, pour un type déterminé de marchandises ou de services commerciaux:

a) trois ou moins de trois entreprises détiennent conjointement une part du marché égale ou supérieure à 50%;

b) ou si cinq ou moins de cinq entreprises détiennent conjointement une part du marché égale ou supérieure aux deux tiers.

Cette présomption ne sera pas retenue s'il s'agit d'entreprises dont le chiffre d'affaires au cours du dernier exercice commercial n'a pas dépassé 100 millions de DM.

[...]” (BRAULT, p. 149-150.)

1.1.1.4 Legislação Inglesa

A posição dominante é regulada na Grã-Bretanha pelo *Fair Trading Act* (1973) e pelo *Competition Act* (1980), os quais, na mesma esteira do direito americano, associam-na à noção de monopólio.

A legislação inglesa distingue duas espécies de monopólio: estrutural e comportamental. O primeiro caso se refere ao fato de uma mesma pessoa controlar pelo menos 25% da oferta de certo bem. No segundo, mais de uma empresa possuiriam conjuntamente pelo menos 25% da oferta, permitindo que agissem de forma mais ou menos independente, restringindo a concorrência em determinado mercado.⁷³

O direito inglês vincula a posição dominante à parcela de participação da empresa ou do grupo de empresas no mercado, fixando presunção de domínio, quando a(s) empresa(s) detiver(em) no mínimo 25% do mercado em questão.

1.1.1.5 Legislação Argentina

Nos termos do artigo 2º da lei antitruste argentina (Lei nº 22.262, de 1º de agosto de 1980), entende-se que uma

⁷³ Cf. BENTIVOGLI, Chiara; TRENTI, Sandro. **Economia e politica della concorrenza**: intervento antitrust e regolamentazione. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1995. p. 78 e 79.

empresa possui posição dominante no mercado "se para determinado tipo de produto ou serviço for a única ofertante ou demandante no mercado nacional ou quando, sem ser a única, não estiver exposta a uma concorrência substancial" e que duas ou mais empresas detêm posição dominante em um mercado "quando para determinado tipo de produto ou serviço não existir concorrência efetiva entre elas, ou substancial por parte de terceiro."⁷⁴

Inspirado nas legislações espanhola e alemã,⁷⁵ o direito argentino vincula a posição dominante à situação empresarial na qual o comerciante ou grupo de comerciantes detenha a exclusividade na oferta ou demanda de certo produto ou serviço no mercado, ou em relação a esta oferta e demanda não exista concorrência substancial.

⁷⁴ "Art 2. A los efectos de esta ley se entiende:

a) que una persona goza de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial;

b) que dos o más personas gozan de posición dominante, en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él." (CHRISTENSEN, Roberto. **Nueva Ley de Monopolio**: Ley n. 22.262, de defensa de la competencia. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 56)

⁷⁵ Cf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, p. 649.

1.1.1.6 Legislação canadense

O *Competition Act*, de 1985, disciplina o abuso de posição dominante na parte VIII, n° 78 e n° 79.

Para a lei canadense, considera-se que uma ou mais empresas detêm posição dominante, sempre que controlar(em) parcial ou completamente um determinado mercado de produção de bens ou de serviços.⁷⁶

O direito canadense enfatiza assim a preponderância da empresa sobre o mercado, condenando a exploração abusiva da posição de domínio, efetuada por meio de práticas consideradas anticompetitivas e que acarretem ou possam ocasionar supressão ou restrição à concorrência.

⁷⁶ "Prohibition where abuse of dominant position"

79. (1) Where, on application by the Director, the tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

..."

1.1.1.7 Legislação Francesa

A concorrência está disciplinada na França pela *Ordonnance* n° 86/1243, de 1° de dezembro de 1986.

Em seu artigo 8°, o diploma legal francês veda o abuso de posição dominante, individual ou coletiva, no mercado interno ou em parte relevante dele, que tenha por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.⁷⁷ Exemplifica algumas condutas abusivas, mas em nenhum momento fornece uma definição de posição dominante.

A lei francesa trata igualmente do abuso de dependência econômica - situação em que a empresa, embora não detenha necessariamente posição dominante no mercado, exerça domínio

⁷⁷ A lei francesa assim determina:

"Art. 7.- Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à:

1. Limiter l'accès au marché ou libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;
2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;
3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;
4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement."

"Art. 8. - Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises:

1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci;
2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées."

"Art. 9. - Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8." (BRAULT, p. 132-133.)

sobre outra, principalmente em decorrência da relação interempresarial entre elas existente.

1.1.1.8 Legislação Italiana

A Lei n° 287, de 10 de outubro de 1990, sobre normas para proteção da concorrência e do mercado, consagra, em seu artigo 3°, a proibição de utilização abusiva da posição dominante, por parte de uma ou mais empresas, no interior do mercado nacional ou em parte relevante deste.⁷⁸ Preferindo acompanhar o ordenamento comunitário, o legislador italiano não esclarece o sentido das expressões "posição dominante" e "abuso".

No entanto, os projetos que antecederam a lei em vigor eram precisos. No projeto Battaglia, inspirado na jurisprudência da Comunidade Européia, a posição dominante é definida como "a situação de fato da empresa que não se submete

⁷⁸ "Art. 3. Abuso di posizione dominante

1. È vietato l'abuso da parte di una o di più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi." (FRIGNANI et al., p.309.)

à concorrência efetiva ou potencial do mercado.”⁷⁹ Já o projeto Rossi vincula a posição dominante à “ausência de efetiva concorrência, unida à detenção de posição de supremacia sobre os concorrentes, resultando em comportamento independente em face dos concorrentes, fornecedores e consumidores.”⁸⁰

1.1.1.9 Legislação Portuguesa

O Decreto-Lei n° 371/93, de 29 de outubro de 1993, regulamenta a concorrência em Portugal. Em seu artigo 3°, veda os abusos praticados por uma ou mais empresas dispendo de posição dominante no mercado nacional e que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.⁸¹

⁷⁹ “Art. 3 (Abuso di posizione dominante)

2. Si considera dominante la posizione delle imprese che non sono soggette, di per sé o in virtù di intese o collegamenti con altre imprese, o in base ad atti normativi o amministrativi, a concorrenza effettiva o potenziale sul mercato”. (FRIGNANI et al., p. 310.)

⁸⁰ “Art.2

...

2. Sono considerate in posizione dominante le imprese che non sono soggette ad efficiente concorrenza sul mercato ovvero che hanno un’obiettivo supremazia sui propri concorrenti e possono tenere, in misura apprezzabile, comportamenti indipendenti rispetto ai propri concorrenti, fornitori e consumatori, senza subire conseguenze economiche pregiudizievoli.” (FRIGNANI et al., p. 311.)

⁸¹ “Art. 3° (Abuso de posição dominante)

1. É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

2. Entende-se que dispõe de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

a) A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus

Para o direito português, a posição dominante se efetiva pela ausência de concorrência significativa, ou seja, suficientemente relevante para ser considerada pela empresa dominante ao tomar suas decisões, bem como pela preponderância de uma ou mais empresas em relação às concorrentes. Presume-se o exercício de posição dominante, quando a parcela de mercado detida pela(s) empresa(s) ultrapassar determinada porcentagem.

Na mesma linha adotada pelo direito francês, a lei portuguesa proíbe o abuso de dependência econômica.⁸²

concorrentes;

b) Duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros.

3. Sem prejuízo da ponderação, em cada caso concreto, de outros factores relativos às empresas e ao mercado, presume-se que:

a) Se encontra na situação prevista na alínea a) do número anterior a empresa que detenha no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30%;

b) Se encontram na situação prevista na alínea b) do número anterior as empresas que detenham no conjunto do mercado nacional de determinado bem ou serviço:

i) Uma participação igual ou superior a 50%, tratando-se de três ou menos empresas;

ii) Uma participação igual ou superior a 65%, tratando-se de cinco ou menos empresas.

4. Poderá ser considerada abusiva, designadamente, a adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 2.º." (SERENS, M. Nogueira; MAIA, Pedro. **Legislação comunitária e nacional de defesa da concorrência**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 337- 338.)

⁸² "Art. 4.º (Abuso de dependência económica)

É também proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduza na adopção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 2.º." (SERENS e MAIA, p. 338.)

1.1.2 POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO

1.1.2.1 Legislação brasileira anterior à Constituição de 1988

1.1.2.1.1 Legislação constitucional

Elaborada na época do liberalismo político e econômico, a Constituição de 1824 não continha capítulo sobre a ordem econômica ou sobre direitos sociais, nem sequer se cogitando da tutela da concorrência.

A Constituição de 1891 adotou a mesma postura, refletindo a filosofia liberal. Ao Estado cabia a manutenção da ordem e da segurança. Mantinha-se-o, assim, afastado da ingerência sobre a atividade econômica.

Ao tempo da promulgação da Constituição de 1934, foram previstas normas de natureza social e econômica. A intervenção do Estado no processo econômico se fez mais presente, para suprir deficiências da iniciativa individual. O artigo 116 da Carta de 1934 previa a possibilidade de monopólio estatal de certas atividades econômicas e o artigo 117 dispunha sobre o fomento.⁸³

⁸³ "Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguros, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no país." (Constituição de 1934)

A Constituição de 1937 não rompeu formalmente com o modelo econômico liberal. Destacava em seu artigo 135 a liberdade econômica e a intervenção do Estado no domínio econômico, somente para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, a fim de evitar ou resolver seus conflitos. Em seu artigo 141, ao lado do fomento, estabeleceu garantias especiais à economia popular.⁸⁴

Em 1946, a nova Carta consagrou os princípios de justiça social, liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano. Estatuiu, igualmente, em seu artigo 148, a repressão ao abuso do poder econômico, introduzindo a legislação antimonopolística no país.⁸⁵

A Constituição de 1967 e a Emenda n° 1 de 1969 determinaram a expansão da atividade pública, com previsão de intervenção estatal na economia, manutenção da valorização da livre empresa, atuação suplementar do Estado e destacaram a repressão ao abuso do poder econômico.⁸⁶

⁸⁴ "Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição." (Constituição de 1937)

⁸⁵ "Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros." (Constituição de 1946)

⁸⁶ O art. 157, I, da Constituição de 1967, dispunha sobre a liberdade de iniciativa e o inciso V, sobre a repressão ao abuso do poder econômico. A Emenda n° 1 de 1969, em seu art. 160, incisos I e V, repetiu os dispositivos anteriores:

1.1.2.1.2 Legislação infraconstitucional

Isabel VAZ assinala que a evolução da legislação protetiva da concorrência nacional se desenvolveu nas seguintes fases:⁸⁷

1. **Fase da defesa da economia popular** - sob a égide das Constituições de 1934 e 1937. Neste período surgiu a legislação antitruste, como o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e promover a defesa da livre concorrência. Desta época são o Decreto-lei nº 869/38 e o Decreto-lei nº 7.666/45;
2. **Fase da repressão ao abuso do poder econômico** - a partir da Constituição de 1946. Há consagração do princípio da repressão ao abuso do poder econômico, com ênfase igualmente para a prevenção dos delitos e defesa do consumidor. Foram editadas as Leis nº

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

I- liberdade de iniciativa;

omissis

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

omissis"

⁸⁷ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 243.

1.521/51, nº 1.522/51, nº 4.137/62, nº 8.158/91 e nº 8.884/94.

O Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, continha normas sobre crimes contra a economia popular. Defendia a economia popular, mas também a concorrência, almejando coibir os abusos no mercado, razão pela qual é considerado como a primeira legislação antitruste brasileira.⁸⁸

Sob a égide da Constituição de 1937, foi elaborado o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, que definiu certos atos como contrários à ordem social e ao interesse da economia nacional (formas de abuso do poder econômico), estabelecendo regime de autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de determinadas empresas, além de registro de outros ajustes e acordos com interferências no processo de produção e circulação de riquezas.⁸⁹ Criou-se a Comissão Administrativa de Defesa Econômica- CADE, para apurar a existência de atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas faltosas para cessação dos efeitos dos atos e, se necessário, intervir em tais empresas. Esse diploma legal não chegou a ser posto em execução, tendo sido revogado pelo Decreto-Lei nº 8.162, de 9 de novembro de 1945.

⁸⁸ Ibid., p. 245.

⁸⁹ VENÂNCIO FILHO, p. 290.

Durante a vigência da Constituição de 1945, em 26 de dezembro de 1951, foram editadas a Lei nº 1.521, que alterou dispositivos da legislação sobre crimes contra a economia popular e a Lei nº 1.522, que autorizou o governo federal a intervir no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

Em 10 de setembro de 1962, a Lei nº 4.137 definiu formas puníveis de abuso de poder econômico e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE. A Lei nº 4.137 foi reproduzida no Decreto nº 52.025, de 20.05.63, que disciplinava o processo administrativo perante o CADE. Referida legislação se manteve em vigor até 1991.

1.1.2.2 Legislação brasileira em vigor

1.1.2.2.1 Proteção constitucional à livre concorrência

O artigo 1º da Carta Constitucional de 1988 associa ao Estado Democrático de Direito a idéia de justiça social, nos parâmetros do artigo 170 do mesmo diploma. Este dispositivo, por sua vez, salienta que o objetivo da ordem econômica⁹⁰ é

⁹⁰ "Ordem econômica e social é um conjunto de princípios, normas e institutos que disciplinam a organização econômica dos particulares e do Estado. Caracteriza-se pela natureza imperativa de suas normas e pela função de estabelecer limites à autonomia privada, à propriedade, e à presença do Estado na economia." (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A liberdade de iniciativa econômica:** fundamento, natureza e garantia

assegurar a existência digna dos indivíduos, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observados os princípios que elenca, dentre os quais se encontra o princípio da livre concorrência.

Assim, a Constituição Federal estabelece a liberdade de iniciativa econômica como valor constitucional, garantindo participação de todos os agentes econômicos no mercado.

Entendida como a faculdade de os particulares criarem e desenvolverem livremente uma atividade econômica, a liberdade de iniciativa pressupõe a não ingerência do Estado no domínio econômico. A exploração estatal de atividade econômica deve ser somente subsidiária à atuação privada, consoante o artigo 173 da Constituição Federal, só podendo se fundar em necessidade imperiosa de segurança nacional, ou em razão de relevante interesse coletivo, tal como definidos em lei.

A liberdade de concorrência foi erigida a princípio constitucional pela Constituição de 1988 (artigo 170, inciso IV). Logo, os indivíduos possuem liberdade de atuar no mercado, para conquistá-lo, como lhes aprouver.

Nos termos da Constituição Federal, o Estado atua para que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano se verifiquem nos quadros dos princípios constitucionais. Como exceção, em virtude dos princípios e normas constitucionais, em ocorrendo anomalias capazes de pôr em risco o princípio da

atividade econômica livre ou da livre concorrência, pode o Estado impor restrições à atividade individual, bem como sanções.⁹¹ Portanto, a Constituição Federal determina as condições gerais de desenvolvimento da atividade econômica privada no mercado, prevendo medidas de controle do poder econômico privado.

O artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, destaca que deverão ser reprimidas as *práticas consistentes em abuso de poder econômico*, que objetivem (i) domínio dos mercados, (ii) eliminação da concorrência e (iii) aumento arbitrário de lucros.

*Domínio dos mercados*⁹² indica a utilização de meios ardilosos, impedindo que novas forças econômicas surjam ou que

⁹¹ O Estado pode limitar a atuação privada e certas atividades econômicas (art. 170, § único), fiscalizá-las e fomentá-las (art. 174), bem como instituir monopólios estatais (art. 173). Outras limitações ainda podem existir, em decorrência dos princípios da soberania, da função social da propriedade, da repressão ao abuso do poder econômico, dentre outros. Sobre o assunto ensina MOREIRA NETO que "os **princípios de proteção**, derivados do postulado da liberdade, constituem, em seu conjunto, as chamadas **liberdades econômicas**: a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa, a liberdade de lucro, a liberdade de competição, a liberdade de contratação e, obviamente a liberdade de apropriação do produto da atividade econômica (direito de propriedade)." Aduz que "os **princípios de correção**, derivados do postulado da igualdade, constituem em seu conjunto, os chamados **poderes interventivos**: a iniciativa suplementar e monopolística do Estado, a função social da empresa, a repressão ao abuso do poder econômico, a valorização do trabalho, a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e a função social da propriedade." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A atuação do Estado no domínio econômico**. In: GENESIS- Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba: GENESIS, 1994, nº 3. p. 688.)

⁹² Sobre a definição de mercado, remetemos ao tópico sobre mercado relevante.

forças existentes se expandam.⁹³

Para PONTES DE MIRANDA, dominar os mercados nacionais significa ficar em situação de poder impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas.⁹⁴

O domínio de mercado implica posição de supremacia, de controle, por parte da empresa, quer sobre a atuação dos concorrentes (ainda que potenciais), quer sobre o próprio mercado. A empresa dominante atua de forma a impedir que o mercado funcione livremente.

A norma constitucional admite a detenção de posição dominante, mas a considera ilícita, quando for conquistada através de comportamentos restritivos à liberdade de concorrência. Ou seja: a figura fática do domínio de mercado somente será abusiva, se decorrente de atuação anticoncorrencial.

Eliminar a concorrência corresponde a suprimir a liberdade de oferta e procura no mercado.⁹⁵ Impede-se o acesso de novos empresários ao mercado ou o desenvolvimento das atividades dos concorrentes e (ou) se elimina a possibilidade de escolha pelos consumidores.

⁹³ FERRAZ JÚNIOR, p. 183.

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo VI. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 51.

⁹⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, p. 51.

Existe *aumento arbitrário de lucros* sempre que a busca e obtenção do lucro e acumulação de capital se verifique de forma astuciosa, desproporcional em relação aos custos do investimento.⁹⁶

Celso BASTOS considera arbitrário todo aumento de lucratividade decorrente de decisão empresarial, que se aproveite de situação objetiva de mercado distorcido e não faça corresponder a este aumento uma queda nas vendas.⁹⁷

O aumento arbitrário de lucros pressupõe que a elevação dos resultados da empresa não guarde qualquer relação com a estrutura e o funcionamento do mercado, mas decorra da exclusiva deliberação pessoal do sujeito empresário, que impõe suas próprias decisões ao mercado.

1.1.2.2.2 Legislação infraconstitucional

Após a Constituição de 1988, o Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, transferiu para a recém criada SNDE- Secretaria Nacional de Direito Econômico algumas das competências anteriormente atribuídas ao CADE. Este passou a ser um órgão intermediário da SNDE.

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, p. 183.

⁹⁷ BASTOS e MARTINS, p. 102.

Em 8 de janeiro de 1991 foi promulgada a Lei nº 8.158, e, posteriormente, seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991. Referida Lei foi revogada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Além das normas constitucionais, atualmente está em vigor a Lei nº 8.884, que, em seu artigo 20, especifica quais as infrações que reprime:

"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 alcançados:

- I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II- dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III- aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV- exercer de forma abusiva posição dominante;

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

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

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia." ⁹⁸

No artigo 21, a Lei exemplifica algumas condutas que condena.

⁹⁸ O parágrafo 3º teve sua redação modificada por determinação do artigo 78 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, que alterou o percentual de presunção de 30% para 20%.

O inciso I, do artigo 20, determina serem puníveis as condutas que possam de algum modo restringir a livre iniciativa e a livre concorrência, como, por exemplo, as que impossibilitem o acesso de concorrente(s) ao mercado.

O dispositivo é mais amplo do que o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, o qual só trata de eliminação da concorrência, mas está em consonância com os princípios constitucionais de igualdade e liberdade. Para a lei antitruste, punem-se e se proíbem não apenas condutas que limitem ou eliminem a concorrência de forma imediata, mas também as condutas que, direta ou indiretamente, atentem contra a liberdade de iniciativa, pressuposto da liberdade de concorrência. Isso porque a liberdade de iniciativa, enquanto liberdade individual para a escolha e exercício de atividade econômica, implica liberdade de escolha dos meios a serem utilizados para desempenho da atividade desenvolvida.⁹⁹

Frise-se que o artigo 173, § 4º, possui natureza exemplificativa, determinando o núcleo essencial da lei reguladora do abuso de poder econômico. Por conseguinte, como já opinou o CADE, pode o legislador descrever como abusivos

⁹⁹ No mesmo sentido, ensina Miguel REALE que "livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados." Sobre o conceito de livre concorrência, o autor esclarece que é "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.*" (REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Forense: Rio de Janeiro, 1990. p. 14.)

outros comportamentos não previstos no mencionado artigo da Constituição, desde que consistam em abuso do poder econômico.¹⁰⁰

Reproduzindo o disposto na Constituição Federal, a Lei enuncia serem ilícitas as práticas que acarretem dominação de mercado e as condutas que causem ou possam causar aumentos injustificados de lucros.

Como último efeito danoso ao mercado, a Lei estabelece o abuso de posição dominante. Assim, a detenção legítima de posição dominante no mercado é admitida, mas não a sua utilização abusiva.

¹⁰⁰ Eis o voto do Conselheiro do CADE Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, proferido no processo administrativo nº 20/91, de 17 de junho de 1992, representante- Presidente da República, representado- Laboratório Glaxo do Brasil S.A.:

"O Procurador do CADE, em seu já mencionado Parecer (...) analisa, dentre importantes matérias, uma outra questão da maior relevância jurídica, qual seja, a de que a capitulação propugnada para a conduta do Representado- art. 2º, inciso III, alínea 'c' da Lei n. 4.137/62- não destoa do dispositivo constitucional que regula a matéria, qual seja, o § 4º do art. 173:

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

Destaca que a Constituição, em tal dispositivo, não limita a atuação do legislador; estabelece, sim, o núcleo necessário à lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico.

Não impede- continua- 'que a lei se refira, como passíveis de sanção, por abusivos, a comportamentos outros que os que não visem à dominação de mercados, eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros, desde que, é claro, necessariamente também condene estes fatos'.

Propugnar pelo ponto de vista de que o constituinte pretendeu que apenas algumas formas de abuso do poder econômico fossem punidas, permitindo que outras campeassem livremente, seria desafiar o bom senso, enfatiza.

E invoca a boa lição de Gomes Canotilho: 'Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se preferência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição, contribuem para a eficácia ótima da lei fundamental' (Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1987, p. 164), para concluir, nesta parte, o ilustre Procurador: 'esse princípio da força normativa da Constituição desautoriza ver nas condutas mencionadas no § 4º do art. 173 da lei maior um rol taxativo de comportamentos a serem perseguidos pelo legislador ordinário'." (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo, Malheiros, 1996. p. 334 e 335.)

Consoante os parágrafos 2º e 3º, do artigo 20, no direito brasileiro a posição dominante estaria associada à parcela de participação da empresa no mercado relevante. Portanto, uma participação maior faria supor a existência de poder de domínio sobre os demais concorrentes.

Estabelece a Lei, igualmente, presunção de detenção de posição dominante, quando uma empresa possuir domínio de pelo menos 20% do mercado em questão. Todavia, não esclarece como será mensurada a porcentagem, quais os cálculos que devem ser analisados para se chegar ao montante da participação da empresa no mercado.

Pode-se afirmar que o percentual fixado serve apenas de parâmetro indicador da posição que uma empresa exerce no mercado, não significando que todas as empresas que detenham percentual igual ou maior do mercado ocupem posição dominante, nem mesmo que empresas com percentual menor não possam ser dominantes.¹⁰¹

¹⁰¹ O Conselheiro do CADE Edgard Lincoln de Proença Rosa assim se manifestou, no Ato de Concentração nº 16/94, requerentes- Siderúrgica Laisa S.A. e Grupo Korf GmbH (Cia. Siderúrgica Pains):

"[...]

O § 3º do citado artigo, com redação dada pelo art. 78 da Medida Provisória n. 953, de 23.3.95, estabelece que a posição dominante se presume quando a empresa controla 20% do mercado relevante.

Salvo melhor juízo, entendo que esse percentual é um simples parâmetro, um mero indicador para que os atos a que se refere o art. 54, "caput", da Lei n. 8.884/94, sejam submetidos à apreciação do CADE. Não fora assim, a Lei (no caso, a referida Medida Provisória) não indicaria como sendo *presuntivo*.

Logo, não necessariamente quem detenha participação, num determinado mercado relevante, acima daquele percentual, estará exercendo, abusivamente, posição dominante, ou dominando o mercado relevante, ou prejudicando a livre concorrência." (FRANCESCHINI, **Introdução...**, p. 51.)

Portanto, isoladamente, a parcela de mercado que detém uma empresa é elemento insuficiente para comprovar a posição de domínio que exerce. Serve antes de indício, sendo necessário observarmos outros fatores.

1.1.2 POSIÇÃO DOMINANTE E CONTROLE

As legislações citadas ressaltam que a posição dominante está associada à detenção do poder de controle em determinado mercado, de autoridade sobre os concorrentes, vinculando-a ora à porcentagem de participação da empresa no mercado, ora à ausência de concorrência substancial. Como aduz Celso BASTOS, dominar equivaleria a estar em condições de impor sua vontade sobre o mercado, independente do tamanho deste.¹⁰²

DUBOIS equipara a posição dominante ao poder de uma ou mais empresas influenciarem o mercado, determinarem suas condutas com toda independência, comportarem-se de tal forma que a posição de independência econômica seja utilizada, conscientemente ou não, em proveito próprio, para conservar ou reforçar seu poder.¹⁰³

A posição de domínio resulta da existência de um poder de decisão, determinação e influência. Implica igualmente a

¹⁰² BASTOS e MARTINS, p. 98.

¹⁰³ Apud CABANELLAS DE LAS CUEVAS, p. 654.

possibilidade da empresa dominante adotar comportamentos independentes, capazes de colocá-la em condições de agir prevalentemente, sem ter em conta os concorrentes, os compradores ou os fornecedores, submetendo terceiros às suas diretrizes.¹⁰⁴

Em princípio, a posição de domínio não está diretamente vinculada à quota de participação da empresa no mercado, mas uma participação maior faz supor a capacidade de atuação autônoma da empresa sobre o mercado e a existência de poder de domínio.

Posição dominante não se confunde com monopólio, ou seja, situação de mercado em que uma única pessoa física ou jurídica detém a exclusividade na oferta de um determinado produto ou serviço.¹⁰⁵ Enquanto a posição dominante pressupõe a existência de concorrência, que é somente restringida ou direcionada pela empresa dominante, o monopólio acarreta a supressão da concorrência.

Do mesmo modo, a posição de domínio não está necessariamente atrelada ao poder econômico, podendo uma empresa possuí-la por ser detentora de conhecimento tecnológico

¹⁰⁴ FRIGNANI et al., p. 350.

¹⁰⁵ Na definição do **Nuovo Dizionario Giuridico**, monopólio "è quella particolare forma di mercato in cui tutta l'offerta di un dato bene o servizio è concentrata nelle mani di un'unica impresa, la quale può influenzare unilateralmente il prezzo di vendita modificando a proprio piacimento la quantità offerta. All'offerta del monopolista si contrappone una domanda frazionata tra numerosi acquirenti." (3. ed. Napoli, Esselibri-Simone, 1994. p. 1004 e 1005.)

ou por uma disposição contratual, por exemplo.¹⁰⁶

As noções de posição dominante anteriormente apresentadas adotam como ponto de partida o ângulo das empresas que exercem o poder de domínio. Isso importa na existência de um outro aspecto de abordagem, qualificando a posição dominante sob o ponto de vista das empresas que são influenciadas pela empresa dominante.

COMPARATO ensina que sobre o funcionamento de uma sociedade comercial podem existir duas formas de controle: um interno e outro externo.¹⁰⁷

Controle interno é aquele que se constitui no seio das relações internas de uma sociedade comercial. Assenta-se na titularidade de parte do capital ou do patrimônio de uma empresa. Assim, o poder de decisão, de comando, se concentra nas mãos dos sócios que possuem o controle majoritário ou minoritário da sociedade.

O *controle externo* efetiva-se de fora para dentro de uma sociedade comercial. Ele se verifica quando o funcionamento da empresa deixa de ser totalmente conduzido pela vontade de seus

¹⁰⁶ Cf. NOGUEIRA, Mário Roberto Villanova. **Conceito de "underselling" ("dumping") dentro do anteprojeto da nova Lei Antitruste.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1990, nº 107. p. 192.

¹⁰⁷ "Não se pode, a nosso ver, recusar a distinção básica entre controle interno e externo. No primeiro caso, o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*), lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembléia. No segundo, o controle pertence a uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que não compõem qualquer órgão da sociedade, mas agem de fora (*ab extra*)."
(COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de controle na sociedade anônima.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 34.)

membros e órgãos, passando a ser orientado, pelo menos em certo grau, por quem detém poder para influir na atuação da empresa.

COMPARATO inicialmente arrola exemplos de controle externo baseados num vínculo negocial existente entre duas empresas. Nestas hipóteses, as formas de controle exercido variam conforme o tipo de relação interempresarial existente.

Em contratos de franquia, concessão de vendas, sociedade em conta de participação, por exemplo, é usual que se insiram cláusulas dispondo sobre a transferência de conhecimentos especiais de uma sociedade para a outra. A empresa que recebe os conhecimentos necessita da colaboração da outra, para dar continuidade às suas atividades, o que pode acarretar uma relação de subordinação, de dependência de uma das contratantes em relação à outra.

Nos contratos de distribuição e concessão de vendas, algumas vezes prevê-se delimitação de área de atuação do contratante, bem como exclusividade de abastecimento com determinado fornecedor. Também tais disposições contratuais podem levar uma empresa a ficar sob o controle da outra.

As empresas estão sujeitas, igualmente, a ficar à mercê de seus credores. É o que se verifica em função de certos contratos de empréstimo, onde é prevista, para determinadas situações de endividamento da empresa, a solução do débito através da transferência da titularidade de determinado número de ações para o credor.

Portanto, as empresas não são totalmente livres para desempenhar suas funções, influenciadas e controladas que são pela atuação tanto do Estado como de terceiros. Além do controle externo derivado de um acordo de vontades (controle externo contratual), esta segunda espécie de controle também pode ser vislumbrada em outras circunstâncias de fato ou de direito.

A existência de um único ou poucos fornecedores ou de número reduzido de consumidores, dentre outros fatores, pode gerar controle externo sobre a empresa, que ficará dependente das decisões de terceiros.

COMPARATO também menciona a existência de controle sobre a atividade de uma sociedade comercial, quando houver intervenção administrativa ou judicial.

A posição dominante desfrutada por uma empresa no mercado, entendida como o poder que detém para se impor sobre os concorrentes, adotando comportamentos independentes e determinando a atuação dos demais, também é capaz de consistir, certas vezes, em verdadeira espécie de controle externo, exercido sobre a atividade de outra(s) empresa(s).

Podem as empresas detentoras de posição dominante utilizá-la de forma normal ou, ao contrário, usá-la de maneira a, intencionalmente ou não, se impor sobre outras empresas, que vêem suas atividades indiretamente controladas pela(s) empresa(s) dominante(s). Se uma empresa utiliza de forma excessiva seu poder de domínio, influenciando de maneira

determinante a atuação das demais, exerce controle sobre as atividades alheias.

1.2 IDENTIFICAÇÃO DA POSIÇÃO DOMINANTE

1.2.1 O MERCADO RELEVANTE

O conceito jurídico de posição de domínio é indeterminado, dependendo de uma apreciação em concreto do mercado em questão e do comportamento da empresa envolvida, dentre outros fatores.

Contudo, pode-se estabelecer alguns parâmetros científicos, dentro dos quais os dados fáticos devem ser verificados. Tais limites são traçados pelo reconhecimento da fração de mercado¹⁰⁸ sobre a qual a empresa exerce seu domínio,

¹⁰⁸ FERRARESE ensina que o termo mercado possui pelo menos quatro significados diversos: lugar, ideologia, paradigma de ação social e instituição. Pondera a autora, porém, que a divisão apresentada tem valor meramente analítico, vez que, no plano prático, a separação dos quatro conceitos não é absoluta. Enquanto lugar, o mercado seria a localização física (fixa ou não), onde se encontram a oferta e a demanda, ou a localização ideal (simbólica), ou seja, a área da vida social dedicada às trocas e transações comerciais. Como ideologia, ele corresponderia a uma das principais garantias para a expressão da liberdade do homem. Sendo a liberdade um atributo do mercado, este, por sua vez, consistiria em garantia de liberdade para os indivíduos. Entendido como paradigma de ação social, o mercado estaria dotado de características próprias, que pressupõem que a medida do seu funcionamento seja o indivíduo. Pode, ainda, equivaler a uma instituição, visto que ele se apresenta como regulador de comportamentos e de expectativas de comportamentos. (FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato**: il caso degli Stati Uniti. Torino: Giappichelli, 1992. p. 20-72.)

denominada de *mercado relevante*.¹⁰⁹

A legislação antitruste brasileira pressupõe a definição do mercado relevante, ao vincular a posição dominante ao percentual de participação da empresa no mercado, nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 20.

A delimitação do mercado relevante deve ser efetuada em termos de produto ou serviços, em termos geográficos e em função do tempo. Nenhum desses parâmetros tem valor absoluto e autônomo, mas funcionam unicamente em conjunto. Portanto, as noções de "mercado do produto", "mercado geográfico" e "mercado temporal" só têm relevância uma em face da outra, não se podendo chegar a qualquer conclusão baseando-se na análise de apenas uma delas.

1.2.1.1 O mercado do produto

Os limites materiais do mercado relevante constituem o delineamento do conjunto de produtos ou de serviços que pertencem a um mesmo mercado.¹¹⁰

No caso "Michelin" (1981), da Comunidade Econômica Européia, sustentou-se ser o mercado o conjunto dos produtos

¹⁰⁹ "relevant market", "marché en cause" ou "pertinent", "mercato di riferimento" ou "relevante".

¹¹⁰ BENTIVOGLI et al., p. 117.

que, em função de suas características, são particularmente aptos a satisfazer as necessidades constantes e intercambiáveis com outros produtos.¹¹¹

Sobre o mercado, em sua extensão material, entendeu o CADE que ele compreende os produtos que são substituíveis,¹¹² advertindo que a possibilidade de substituição deve ser averiguada do lado da demanda.¹¹³

Primeiramente, o mercado relevante abrange todos os produtos ou serviços que o consumidor julga intercambiáveis ou substituíveis.

¹¹¹ FRIGNANI et al., p. 324.

¹¹² Nesse sentido se manifestou a Conselheira-Relatora Neide Teresinha Malard, no Processo Administrativo nº 31/92, representante- Transauto, Transportes Especializados de Automóveis S.A., representada- Fiat Automóveis S.A.:

"O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos e serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substituíbilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço." (FRANCESCHINI, **Introdução...**, p. 287.)

¹¹³ Voto proferido no Processo Administrativo nº 7/71, representante- Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, representada- Cooperativa Central dos Produtores Rurais (MG):

"Abuso do Poder Econômico- Elemento objetivo- Distinção entre delitos instantâneos e permanentes- Reconhecimento - Conceito de 'mercado relevante' - Delimitação em termos geográficos e de produto - Inteligência da expressão 'mercados nacionais', do art. 2º, I, "caput", da Lei n. 4137, de 1962.

[...]

- O mercado relevante ou 'mercados relevantes' de que trata o inciso I, *caput*, da Lei n. 4137, de 1962, deve ser delimitado em termos geográficos e de produto. Em termos geográficos, não se refere a todo o território nacional, mas, sim, à zona de influência decisiva do indiciado; em termos de produto, o fato de existirem produtos que podem ser tecnicamente substituídos por outros não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público geral.

..." (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso**. Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 39-40.)

Para se verificar se a referida substituição ocorre, é preciso avaliar as características dos produtos ou serviços, o uso que lhes é dado, seus preços, as preferências dos consumidores e até que ponto são intercambiáveis.¹¹⁴

A possibilidade de substituição não decorre necessariamente das características idênticas ou similares dos produtos, pois bens ou serviços diferentes às vezes servem ao mesmo fim. Por outro lado, produtos com composição semelhante, materialmente substituíveis entre si, podem se diferenciar pela utilização que lhes é dada pelos consumidores, determinada por várias razões, tais como preferência pessoal, diferença de preços ou condições de pagamento que tornem a substituição pouco atraente para o consumidor.

A esse respeito, há decisão significativa do CADE. Analisando os preços do leite pasteurizado tipo "C" e do leite tipo "longa vida", o CADE entendeu não pertencerem ao mesmo mercado, pois em razão da diferença de preço existente entre eles, não são normalmente utilizados como substitutos. Enquanto o leite tipo "C" é consumido pelas classes de baixa e média rendas, o leite tipo "longa vida" seria usualmente adquirido pelas classes médias e altas.¹¹⁵

¹¹⁴ FRIGNANI et al., p. 324-330.

¹¹⁵ Eis o voto do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, referente ao Ato de Concentração nº 11/94, requerentes- Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda. e CILPE- Companhia de Industrialização de Leite de Pernambuco:

"6. No tocante ao substituto para o produto relevante, poder-se-ia considerar o leite tipo longa vida. Acondicionado em caixas (embalagem tetra-pack), tem prazo de validade de até seis meses (após o envazamento),

A decisão abordada salienta outro aspecto fundamental no que tange à delimitação material do mercado relevante, qual seja, a determinação de eventuais submercados.

A noção de submercado do produto originou-se no direito norte-americano, a partir da decisão prolatada no caso "Brown Shoe" (1962),¹¹⁶ que concluiu pela possibilidade de existirem dentro de um mercado de produto diversos submercados independentes, definidos em razão das características dos produtos ou serviços envolvidos e do comportamento dos consumidores, por exemplo. Assim, na medida em que a conduta dos consumidores faz com que se configure um submercado como entidade econômica distinta, ele constituirá um novo mercado de produto, para fins de aplicação da legislação antitruste.

A delimitação de submercados é de grande relevância prática, pois muitas vezes uma empresa poderá ser dominante, se for constatado um mercado restrito (mercado de roupas femininas de uma certa numeração) e deixar de sê-lo, se houver ampliação do mercado relevante (no caso de se entender como mercado relevante do produto o de roupas femininas).

e pode ser distribuído para qualquer ponto do País. Trata-se de produto de custo superior ao do leite pasteurizado tipo C, cujo consumo se restringe às classes média e alta.

O leite pasteurizado tipo C tem como destinatárias as classes de renda baixa e média, sendo o produto, dentre os diversos derivados do processamento do leite, o mais acessível ao seu reduzido custo de produção e, conseqüentemente, seu baixo preço de venda.

[...]

Não sendo o leite tipo longa vida um substituto para o leite tipo C, tem-se por definido como mercado relevante, em termos do produto, o do leite pasteurizado tipo C." (FRANCESCHINI, **Introdução...**, p. 292 e 293.)

¹¹⁶ FOX e SULLIVAN, p. 750-754.

A possibilidade de substituição entre produtos ou serviços também pode ser aferida do lado da oferta. Não se trata de se analisar a efetiva substituição entre produtos ou serviços, mas a capacidade de uma empresa redirecionar sua atividade, para fabricação de determinado produto ou oferta de um serviço específico.

Logo, produtos que não são considerados intercambiáveis pelos consumidores podem pertencer ao mesmo mercado, do lado da oferta, em função de as condições de produção serem muito similares.

Nesta hipótese, é preciso valorar a facilidade com que um produtor de bens similares pode adaptar seu processo produtivo, para fabricar os produtos em questão. Se a adaptação não requerer muitos investimentos nem existirem obstáculos técnicos ou demora para a adaptação da produção, a empresa será considerada pertencente ao mesmo mercado.

No já citado caso "Brown Shoe" constatou-se que o mercado de sapatos para mulheres não constituía mercado diverso do de sapatos para homens ou de sapatos para crianças, vez que as características técnicas dos produtos envolvidos possibilitavam a passagem da produção de sapatos de homens ou de crianças para a de sapatos de mulheres, sem muitos investimentos.¹¹⁷

¹¹⁷ Ibid., p. 750-754.

1.2.1.2 O mercado geográfico

O mercado geográfico relevante é a área territorial dentro da qual atua a empresa. É o espaço físico onde todas as empresas poderiam concorrer, em tese, em igualdade de condições.

No caso "United Brands" (1978), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia identificou o mercado geográfico como a área em que as condições objetivas de concorrência aplicáveis ao produto em questão são as mesmas para todos os agentes econômicos.¹¹⁸ Da mesma forma se manifestou o órgão italiano de defesa da concorrência,¹¹⁹ ao entender que mercado relevante geográfico é "a área nacional dentro da qual as empresas em questão fornecem produtos ou serviços e onde as condições de concorrência são suficientemente homogêneas, podendo ser considerada distinta das zonas contíguas, porque nelas as condições de concorrência são sensivelmente diversas [...]." ¹²⁰

¹¹⁸ "[...] For the banana to be regarded as forming a market which is sufficiently differentiated from other fruit markets it must be possible for it to be singled out by such special features distinguishing it from other fruits that it is only to a limited extent interchangeable with them and is only exposed to their competition in a way that is hardly perceptible." (PLENDER, Richard. **Plender and Usher's cases and materials on the law of the European Communities**. London: Butterworths, 1989. p. 429.)

¹¹⁹ Autorità garante della concorrenza e del mercato.

¹²⁰ "l'area nazionale nella quale le imprese in questione forniscono prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse. Tra gli elementi pertinenti per la determinazione del mercato geografico rientrano la natura e le caratteristiche dei

A definição do mercado geográfico apresenta certo grau de indeterminação, ora englobando área ampla, como todo o mercado nacional ou parte de mercado internacional, ora envolvendo área bastante restrita, como parcela de um município.

O mercado deve, portanto, ser delimitado em função da extensão territorial e outros critérios que revelem os limites geográficos da área de comércio. O volume e a estrutura de produção e consumo do produto, a densidade populacional, os hábitos, o poder de compra, as condições de concorrência, dentre outros elementos, permitem deduzir se um território é suficientemente importante para configurar parte substancial de mercado.

Nesse sentido, opinou o CADE que o leite pasteurizado teria sua comercialização reduzida a uma determinada região, restringindo, portanto, a demarcação do mercado geográfico relevante, em função da característica do produto envolvido (pouca durabilidade).¹²¹

prodotti o servizi, l'esistenza di ostacoli all'entrata o di preferenze dei consumatori, sensibili differenze nelle quote di mercato delle imprese tra aree contigue o sostanziali differenze di prezzo." (BENTIVOGLI et al., p. 126.)

¹²¹ Assim entendeu o Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, no Ato de Concentração nº 11/94, de 23.11.1994, requerentes- Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda. e CILPE- Companhia de Industrialização de Leite de Pernambuco:

"5. O leite pasteurizado, por ser altamente perecível, não admite percurso de grandes distâncias entre as fábricas e as bacias leiteiras e nem tampouco a sua comercialização além de uma determinada região, atribuindo ao mercado o caráter regional.

[...] (FRANCESCHINI, **Introdução...**, p. 291.)

1.2.1.3 O mercado temporal

O último aspecto a ser avaliado é concernente ao limite temporal do mercado.

FRIGNANI observa a confusão existente entre a delimitação do mercado temporal e a análise do mercado sob perspectiva temporal, dinâmica.¹²² Esta última refere-se ao período em que as condições que envolvem mercado e empresa serão analisadas, o que coincide com o momento em que se configura a ação abusiva, mas deve abranger período suficientemente amplo, para que a posição dominante sobre o mercado seja corretamente captada e mensurada.

Já a delimitação do mercado temporal somente diz respeito àqueles casos em que haja uma diferença na oferta e/ou na demanda, em períodos diversos do ano. É o que ocorre com a oferta e a procura de casas para alugar nas praias brasileiras, hipótese em que teríamos dois mercados temporais distintos: um durante as férias de verão e outro durante o restante do ano.

1.2.2 CONFIGURAÇÃO DA POSIÇÃO DOMINANTE

Estabelecidos os limites do mercado relevante, é fundamental que sejam examinadas diversas circunstâncias

¹²² FRIGNANI et al., p. 335.

relacionadas com a atuação da empresa no referido mercado. Segundo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, as principais seriam as que seguem:¹²³

1. *Número de empresas que atuam no mercado relevante* - quando uma só empresa participa no mercado em questão, certamente está em posição dominante. O fato de existirem poucas empresas no mercado, todavia, não implica necessariamente situação de domínio. Da mesma forma, um número elevado de empresas não garante que tal situação de domínio não se verifique;
2. *Participação proporcional da empresa no mercado relevante* - se a empresa possuir quota elevada de mercado, há indício de domínio. Não é elemento absoluto, mas significativo para comprovar a posição dominante;
3. *Tamanho absoluto da empresa* - por si só não acarreta o domínio. Contudo, em razão do seu tamanho, uma empresa é capaz de deter poder de mercado, tendo maior acesso a recursos financeiros e sistemas de distribuição, dentre outras vantagens. Exemplifiquemos com os casos em que, havendo grau elevado de integração vertical, a empresa dominante possua o controle de várias fases da produção;

¹²³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, p. 656-659.

4. *Relação preço-custo da empresa* - se uma empresa contar com a possibilidade de obter lucros excessivos, além da taxa normal do mercado, durante prazo relativamente grande, supõe-se que colocou algum obstáculo ao ingresso de outras empresas nesse mesmo mercado. No entanto, um nível mais elevado de lucro também pode resultar de maior eficiência da empresa. Logo, a existência de obstáculos ao acesso de outras empresas deve ser comprovada e não presumida. Cumpre salientar que existem três sortes de barreiras ao ingresso de empresas ao mercado: naturais, legais e artificiais. Barreiras naturais seriam obstáculos derivados do próprio funcionamento do mercado, como a necessidade de efetuar investimentos iniciais elevados ou de dispor de tecnologia complexa. Existem barreiras legais, quando houver exigência legal de autorização para exercício de determinada função, por exemplo. As barreiras artificiais decorrem da atuação dos agentes econômicos. Podem consistir em comportamentos tendentes a dificultar o acesso dos concorrentes aos fornecedores ou aos canais de distribuição, ou serem direcionadas a influenciar os consumidores.
5. *Relações com fornecedores e canais de distribuição* - maiores possibilidades de acesso a matérias primas ou outros insumos e aos sistemas de comercialização existentes permitem que uma empresa se encontre em

posição privilegiada. É o que ocorre muitas vezes com empresas verticalmente integradas;

6. *Elasticidade da demanda* - a posição dos consumidores em relação ao produto deve ser constatada através da observação das preferências, formas de utilização dos produtos e possíveis substituições entre eles;
7. *Poder de fixação de preços* - atuação que reflete com nitidez a falta de concorrência efetiva. Manifesta-se muitas vezes através da "guerra de preços", situação em que uma empresa mantém redução predatória de preços, impedindo que outras empresas concorram no mercado em questão. Porém, nem sempre é fácil determinar a magnitude do poder exercido sobre os preços;
8. *Situações conjunturais* - uma empresa é capaz de se encontrar em posição dominante, em decorrência de determinadas circunstâncias de fato, como a escassez de oferta, que propiciem a imposição de condições abusivas aos clientes.

A posição dominante decorre da combinação de vários fatores, relacionados com o mercado, com a empresa e seu comportamento. Assim, isoladamente os critérios apontados possuem importância relativa, só podendo ter significado expressivo, se examinados simultaneamente com os demais elementos.

CAPÍTULO 2. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

2.1 NOÇÃO DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

2.1.1 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA DOUTRINA ESTRANGEIRA

As legislações antitruste abordadas no capítulo anterior não definem o que é o abuso de posição dominante, restringindo-se, na maioria, a fornecer exemplos de situações que condenam.

Para FONT GALÁN, a empresa dominante no mercado incorre em abuso, quando exerce sua atividade empresarial e concorrencial de maneira injustificadamente lesiva à economia nacional, aos interesses dos consumidores e à atuação dos demais competidores.¹²⁴

Na opinião de PATRÍCIO, há abuso sempre que uma empresa obtém para si, à custa de outrem, vantagens que não conseguiria, se existisse concorrência efetiva, o que faz mediante comportamento objetivamente lesivo, quer contra os concorrentes da empresa dominante (efetivos ou potenciais),

¹²⁴ FONT GALÁN, p. 313.

quer contra seus fornecedores ou clientes.¹²⁵

O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia desenvolveu concepção objetiva para aplicação do artigo 86 do Tratado de Roma, vinculando sua configuração mais aos efeitos do comportamento que aos fins colimados pela empresa dominante. A partir da decisão proferida no caso "Continental Can",¹²⁶ consagrou-se o entendimento de que o comportamento de uma empresa seria abusivo, se acarretasse o enfraquecimento da concorrência existente ou de alguma forma obstasse sua expansão.¹²⁷

Observam REYES ORIBE e IRAOLA que abusar é usar a posição de domínio do mercado para restringir de forma significativa o acesso a ele dos produtos das demais empresas que concorrem para formá-lo, com dano para o interesse econômico geral.¹²⁸

Sustenta CABANELLAS DE LAS CUEVAS que o que se proíbe é o exercício irregular de direito, contrário ao interesse

¹²⁵ PATRÍCIO, p. 107.

¹²⁶ Desta forma decidiu o Tribunal, no caso "Continental Can" (Caso 6/72):

"[...] Abuse may therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition, i.e. that only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one." (PLENDER, p. 442)

¹²⁷ Cf. PLENDER, p. 440.

¹²⁸ REYES ORIBE, Aníbal Manuel; IRAOLA, Francisco Javier. **Defensa de la Competencia: síntesis del sistema argentino actual y proyectos de reforma.** In: Revista del Derecho Industrial. Buenos Aires: Depalma, 1993, nº 43. p. 9.

econômico geral e ao tipo de conduta que caracterizaria os mercados competitivos.¹²⁹

As opiniões expostas estão baseadas em ordenamentos estrangeiros, principalmente no da Comunidade Econômica Européia. É necessário formular-se conceito aplicável ao direito brasileiro. Para tanto, faz-se mister analisarmos a legislação antitruste em vigor, determinando, então, segundo ela, quais elementos caracterizam o abuso de posição dominante.

2.1.2 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei nº 8.884/94 prescreve não ser ilegítimo (ou ilegal) deter posição dominante de mercado. Ao contrário, permite que essa situação seja perseguida pelos empresários. Indevido é, uma vez conquistado o estado de proeminência, desvirtuá-lo, de molde a obter ganhos que, em condições normais de concorrência, não poderiam ser alcançados.

No caso brasileiro, a hipótese normativa se concretiza com a mera conduta qualificada de abusiva, independentemente do resultado - efeito injusto sobre o mercado (concorrentes, fornecedores ou consumidores).

Por conseguinte, o abuso pode se configurar de duas formas: havendo resultado lesivo, ou somente existindo

¹²⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, p. 674.

possibilidade de que ocorra lesão. Todavia, é necessário que o comportamento da empresa esteja, ainda que potencialmente, em condições de influenciar o mercado.

A atribuição de caráter abusivo a determinada atitude não depende unicamente da verificação de seu *efeito injusto* (real ou potencial) sobre o mercado, com lesão à concorrência, mas também dos *vínculos de causa-efeito* entre posição de domínio, conduta abusiva e lesão.

Somente são condenados os comportamentos que resultem do exercício abusivo de posição dominante. Uma comparação entre a conduta cujo caráter ilícito se deseja determinar e a que teria adotado a empresa, se existisse uma estrutura de mercado competitiva, contribui para demonstrar se há vínculo causal entre a posição desfrutada e a conduta adotada.

O nexo de causalidade entre o comportamento da empresa e o efeito nocivo dele decorrente se comprova através de observação das condições fáticas do mercado. Em se tratando de hipótese em que não exista dano efetivo, o efeito negativo potencial do comportamento adotado poderá ser determinado, levando-se em consideração as conseqüências normalmente advindas em situações semelhantes.

Observe-se, finalmente, que a vontade da empresa dominante é irrelevante para a constatação do abuso. Este não pressupõe a noção de intencionalidade, não sendo necessário demonstrar que foi resultado de utilização consciente da posição de domínio. Neste aspecto, a legislação brasileira adotou entendimento

manifestado pela teoria objetiva do abuso de direito, segundo o qual a intenção do agente é irrelevante para que ocorra o abuso.¹³⁰

2.1.3 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E ABUSO DE DIREITO

A situação de abuso pressupõe a existência de direito reconhecido pelo ordenamento jurídico como legítimo e o uso indevido deste direito. Só pode abusar de algum direito quem detinha legitimamente o título para o seu exercício e transbordou os limites na sua atuação concreta.

No *Diccionario de Derecho* de Rafael PINA e Rafael PINA VARA, o vocábulo abuso é concebido como o "uso de uma coisa ou exercício de um direito de forma contrária à sua natureza e com uma finalidade distinta da que seja lícito perseguir."¹³¹

¹³⁰ Existem basicamente três teorias sobre o abuso de direito: teoria subjetiva, teoria objetiva e teoria mista. A teoria subjetiva considera a vontade do titular do direito, seu propósito em lesar, decisiva para que o abuso ocorra. Já para a teoria objetiva, o elemento volitivo não é importante, podendo haver abuso de direito, mesmo sem que esteja presente a intenção de prejudicar. A teoria mista ou intermediária reúne elementos das duas outras, analisando a intenção de lesar de forma objetiva, ou seja, comparando-a com a conduta que seria adotada pelo padrão dos homens, em hipótese semelhante. (Cf. CASTRO FILHO, José Olímpio. **Abuso do direito no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 26-28.)

¹³¹ PINA, Rafael; PINA VARA, Rafael. **Diccionario de Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1995. p.19.

CASTRO FILHO afirma que há abuso de direito quando, ao exercer seu direito subjetivo, o indivíduo exceder os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, ou sempre que o indivíduo exerça seu direito de forma contrária à finalidade social que lhe foi atribuída.¹³²

ANTUNES VARELA entende que, para ser abusiva a utilização de um direito, é preciso que o titular, ao utilizar o poder formal a ele conferido pela ordem jurídica, ultrapasse os limites que lhe cumpria observar. Tais limites seriam impostos pelo fim (econômico ou social) a que esse direito se encontra adstrito, ou pelo condicionalismo ético-jurídico (boa-fé, bons costumes) que, em cada época histórica, envolve o reconhecimento de um direito.¹³³

Na opinião de JOSSERAND, abusar corresponde a colocar o direito a serviço de fins ilegítimos, porque inadequados à sua missão social. O autor sustenta ser abusivo qualquer ato que, por seus objetivos, contrarie o destino, a função do direito que é exercido. Salienta que há uma tendência em se comprovar a ocorrência de abuso, não através de critério puramente intencional, mas por meio de um critério funcional, derivado do

¹³² CASTRO FILHO, p. 21.

¹³³ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol I. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 535 e 539.

que denomina de espírito do direito, isto é, a função atribuída a um direito.¹³⁴

Todo direito teria assim seu espírito, ou objetivo, estabelecido pelo ordenamento jurídico. Aquele que, no exercício de um direito, desrespeitar os limites impostos pela finalidade desse direito, cometerá abuso.

Marçal JUSTEN FILHO salienta que o abuso se configura com a ocorrência de sacrifício (efetivo ou potencial) de um interesse juridicamente tutelado, o qual foi eleito pelo ordenamento jurídico como preferencial.¹³⁵

Assim, embora a detenção de posição dominante seja admitida, o legislador brasileiro atribuiu maior relevância à manutenção da liberdade de concorrência, princípio que deve orientar a ordem econômica. Se a empresa dominante utilizar sua posição dominante no mercado de forma excessiva, ofendendo princípios jurídicos que a lei entende superiores ao direito de deter poder de domínio, como por exemplo a concorrência livre, verifica-se o abuso.

Abusar de posição dominante no mercado significa usar do poder de domínio - este admitido pelo ordenamento jurídico - de forma irregular, para fins ilegítimos e contrários à lei,

¹³⁴ JOSSEERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Trad. Carlos Valencia Estrada. Bogotá: Editorial Temis, 1982. p. 5 e 6.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito societário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 122 e 123.

suscetíveis de causar prejuízos aos consumidores, fornecedores ou potenciais concorrentes da empresa dominante.

2.2 MODALIDADES DE CONDUTAS ABUSIVAS. ASPECTOS GERAIS

O legislador nacional preferiu evitar enumeração exaustiva de condutas abusivas, acompanhando entendimento adotado por outras legislações antitruste, dentre elas, a argentina, a alemã e a da Comunidade Econômica Européia.

Sendo o artigo 21 da Lei nº 8.884/94 dispositivo exemplificativo, outros comportamentos poderão configurar abuso de posição dominante, desde que preencham os requisitos previstos no artigo 20. Em razão disto, optamos por não abordar individualmente cada uma das condutas descritas na Lei.

Existem pelo menos três classificações procurando regrupar as diferentes espécies de atos anticoncorrenciais.

Para uma primeira abordagem, os comportamentos anticoncorrenciais são separados conforme atinjam aspectos dinâmicos ou aspectos estruturais da concorrência. Os atos são contrários aos aspectos dinâmicos, se afetam diretamente elementos essenciais da concorrência, como a restrição à independência dos ofertantes, mediante acordos de preços. A segunda espécie de comportamentos incide indiretamente sobre a concorrência, através de influência sobre aspectos estruturais

do mercado. É o caso das fusões que resultam em concentração significativa da oferta ou da demanda.

As condutas podem igualmente ser diferenciadas em restrições horizontais ou verticais. As restrições horizontais ocorrem entre empresas que operam no mesmo nível produtivo. As verticais afetam empresas em etapas diversas de produção.

É preciso observar que essa distinção não esgota a totalidade de condutas anticoncorrenciais, vez que trata somente de comportamentos que envolvem mais de uma parte, esquecendo-se dos atos unilaterais, praticados por uma ou mais empresas.

Os comportamentos anticoncorrenciais podem ainda ser regrupados de acordo com o número de partes envolvidas. São denominados unilaterais, quando há participação somente de uma parte, podendo ser divididos em individuais ou coletivos. Enquanto estes são praticados simultaneamente por duas ou mais empresas, aqueles se referem a uma só empresa. Exemplo de condutas unilaterais são as vendas abaixo de preço de custo, celebradas por uma ou mais empresas. Os comportamentos plurilaterais abrangem mais de uma parte, manifestando-se normalmente através de acordos ou práticas concertadas.

Ressalte-se que a legislação brasileira não adota nenhuma das classificações acima, não havendo diferença no tratamento dispensado aos diversos comportamentos considerados abusivos,

razão pela qual elas possuem caráter meramente ilustrativo.¹³⁶

2.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO

A apuração e repressão ao abuso de posição dominante podem consistir em objeto de processo administrativo perante a Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), respeitado o disposto nos artigos 30 e seguintes da Lei nº 8.884/94.

Além da repressão das condutas abusivas, o artigo 54 da Lei antitruste estabelece possibilidade de prevenção de comportamentos anticoncorrenciais, através da apreciação prévia pelo CADE de atos que "possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços".

No que tange à natureza jurídica do CADE, muito se discutiu antes da Lei nº 8.884/94. Enquanto alguns doutrinadores entendiam que o CADE era meramente um órgão administrativo, outros o qualificavam como autarquia federal.¹³⁷

¹³⁶ A lei antitruste italiana (arts. 2º e 3º) e o Tratado de Roma (arts. 85 e 86), no entanto, separam as condutas plurilaterais das unilaterais. As primeiras são tratadas como condutas anticoncorrenciais e as outras consistem em abuso de posição dominante.

¹³⁷ Sobre o assunto, conferir os pareceres emitidos por Luiz Rafael Mayer, Hely Lopes Meirelles e Celso Neves, transcritos por FRANCESCHINI e FRANCESCHINI. **Poder econômico...**, p. 531-537; 552-561; 562-590.

Atualmente a discussão perdeu o sentido, vez que a Lei antitruste em vigor conferiu ao CADE natureza autárquica.¹³⁸

Já sob a vigência da Lei nº 4.137/62, Hely Lopes MEIRELLES ensinava que o CADE era órgão administrativo quase-judicial, a exemplo do Tribunal Marítimo e dos Conselhos de Contribuintes e que suas decisões seriam *decisões parajudiciais* ou *quase-judiciais*.¹³⁹

A separação de poderes, preconizada pelo sistema constitucional brasileiro, determina quais as áreas de atuação específicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, reservando o monopólio da função jurisdicional ao Judiciário. Por conseguinte, o CADE, ao exercer as funções que lhe foram atribuídas pelo ordenamento jurídico, atua na qualidade de autarquia integrante do Poder Executivo. Suas atividades possuem caráter administrativo e suas deliberações têm a mesma natureza daquelas prolatadas pelos demais órgãos administrativos, ou seja, não fazem coisa julgada e estão sempre sujeitas ao controle do Judiciário.

No entanto, ao examinar as decisões do CADE, o Poder Judiciário limitar-se-á a apreciar os aspectos de legalidade, da conformação do julgado com as normas legais que tipificam as

¹³⁸ "Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei." (Lei nº 8.884/94)

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Parecer datado de 38.10.76. In FRANCESCHINI e FRANCESCHINI. **Poder econômico...**, p. 552-561.

infrações e disciplinam o processo de sua apuração e sanção. A divisão de competências não permite que o Judiciário aprecie o mérito da decisão proferida pelo CADE.

Saliente-se, outrossim, que, também em decorrência do princípio da tripartição dos poderes, o fato de existirem procedimentos de prevenção, apuração e repressão dos abusos de posição dominante perante o CADE não elimina a tutela jurídica processual, que pertence ao Judiciário. Este poderá conhecer diretamente de questões que envolvam abuso de posição dominante.

CONCLUSÕES

As análises desenvolvidas nesta dissertação levam às seguintes conclusões:

1. O modelo de Estado liberal pauta-se pelos princípios da liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e não-intervenção estatal no domínio econômico. Já o modelo de Estado intervencionista admite os referidos princípios, acrescidos, porém, de hipóteses de intervenção estatal na economia.

2. O modelo econômico brasileiro é do tipo capitalista, com a previsão da possibilidade de intervenção do Estado na economia. Protege-se a liberdade de concorrência, a qual envolve autorização aos agentes econômicos para ingressarem no mercado e agirem livremente na conquista da clientela, bem como a faculdade de os clientes ou consumidores escolherem os produtos ou serviços de que necessitem. Por outro lado, autoriza-se ao Estado intervir no mercado, participando diretamente do processo econômico ou fiscalizando e coordenando as atividades econômicas.

3. No modelo brasileiro, o Estado pode impor limites à atuação individual e reprimir comportamentos capazes de causar dano ao mercado e à livre concorrência (o que faz, por exemplo, através da legislação antitruste).

4. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, § 4º, e a Lei nº 8.884/94 condenam os comportamentos que constituem abuso do poder econômico, dentre os quais se encontra o abuso de posição dominante.

5. 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.

6. Para a configuração da posição de domínio, é necessária a prévia definição dos limites do mercado relevante, através de recurso a três critérios: geográfico, material e temporal. Os dois primeiros são indispensáveis e o terceiro, circunstancial. O critério geográfico estabelecerá a extensão física da área relevante para a definição do mercado. O material reportar-se-á aos produtos ou serviços envolvidos. Finalmente, o critério temporal poderá ser útil, caso o mercado específico esteja submetido à sazonalidade de oferta e procura.

7. Entende-se por posição dominante a situação fática que uma ou mais empresas possua(m) em determinado mercado relevante, permitindo que atue(m) independentemente, sem ter em conta as outras empresas, e que influencie(m) o comportamento das demais e/ou dos consumidores.

8. Posição de domínio não é sinônimo de monopólio nem está diretamente vinculada à porcentagem de participação de uma empresa no mercado, devendo ser identificada no mundo dos

fatos, mediante análise da situação concreta que envolve as empresas.

9. A legislação antitruste brasileira não define o abuso de posição dominante, mas apenas apresenta rol exemplificativo de comportamentos abusivos. Aproxima-se da noção objetiva de abuso de direito, ao entender que existe abuso de posição dominante quando, em decorrência dela, o comportamento de uma empresa cause ou possa causar lesão ao mercado, independentemente da intenção do agente econômico.

10. Abusar de posição dominante consiste em usar direito protegido pelo ordenamento (detenção de posição dominante no mercado), de forma a contrariar os fins a que se destina a outorga desse mesmo direito. Para configuração do abuso, não é necessária a superveniência de dano efetivo a terceiros ou ao mercado, mas unicamente a potencialidade de causar prejuízo.

11. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE é órgão responsável pelo controle preventivo e repressivo do abuso de posição dominante. Autarquia federal que é, suas decisões submetem-se ao controle do Poder Judiciário - que unicamente não pode avançar no mérito de tais provimentos.

LISTA DE ANEXOS

ANEXO 1 - LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	92
ANEXO 2 - LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA.....	113
ANEXO 3 - LEGISLAÇÃO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA.....	115
ANEXO 4 - LEGISLAÇÃO ALEMÃ.....	120
ANEXO 5 - LEGISLAÇÃO ARGENTINA.....	129
ANEXO 6 - LEGISLAÇÃO CANADENSE.....	131
ANEXO 7 - LEGISLAÇÃO FRANCESA.....	133
ANEXO 8 - LEGISLAÇÃO ITALIANA.....	136
ANEXO 9 - LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.....	140

ANEXO 1 - LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

LEI Nº 8.884 - DE 11 DE JUNHO DE 1994

Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.

TÍTULO I **Das Disposições Gerais**

CAPÍTULO I **Da Finalidade**

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

CAPÍTULO II **Da Territorialidade**

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no Território Nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Parágrafo único. Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

TÍTULO II **Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**

CAPÍTULO **Da Autarquia**

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o Território Nacional, criado pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei.

CAPÍTULO II

Da Composição do Conselho

Art. 4º O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.¹

§ 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução.

§ 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 3º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do CADE, assumirá o Conselheiro mais antigo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

§ 4º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.

Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do CADE só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no artigo 6º.

Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do CADE que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.

Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I- receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II- exercer profissão liberal;

III- participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV- emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V- manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;

VI- exercer atividade político-partidária.

¹ "Caput" com redação determinada pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995.

CAPÍTULO III
Da Competência do Plenário do CADE

Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

- I- zelar pela observância desta Lei e seu Regulamento e do Regimento Interno do Conselho;
- II- decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei;
- III- decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;
- IV- decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;
- V- ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- VI- aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;
- VII- apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;
- VIII- intimar os interessados de suas decisões;
- IX- requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;
- X- requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;
- XI- contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;
- XII- apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do artigo 64, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;
- XIII- requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta Lei;
- XIV- requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;
- XV- determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais;
- XVI- firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;
- XVII- responder a consultas sobre matéria de sua competência;
- XVIII- instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;
- XIX- elaborar e aprovar seu regimento interno, dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral durante as quais não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta Lei;²

² Inciso com redação determinada pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

XX- propor a estrutura do quadro de pessoal da Autarquia, observado o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal;

XXI- elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

XXII- indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento.³

CAPÍTULO IV

Da Competência do Presidente do CADE

Art. 8º Compete ao Presidente do CADE:

I- representar legalmente a Autarquia, em juízo e fora dele;

II- presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;

III- distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário;

IV- convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta;

V- cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE;

VI- determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da Autarquia;

VII- assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho;

VIII- submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade;

IX- orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

CAPÍTULO V

Da Competência dos Conselheiros do CADE

Art. 9º Compete aos Conselheiros do CADE:

I- emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário;

II- proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores;

III- submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

IV- adotar medidas preventivas fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;

V- desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento.

CAPÍTULO VI

Da Procuradoria do CADE

Art. 10. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

³ Inciso com redação determinada pela Lei nº 9.069/95.

I- prestar assessoria jurídica à Autarquia e defendê-la em juízo;

II- promover a execução judicial das decisões e julgados da Autarquia;

III- requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;

IV- promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;

V- emitir parecer nos processos de competência do CADE;

VI- zelar pelo cumprimento desta Lei;

VII- desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo Regimento Interno.

Art. 11. O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal.

§ 1º O Procurador-Geral participará das reuniões do CADE, sem direito a voto.

§ 2º Aplicam-se ao Procurador-Geral as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do CADE.

§ 3º Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Geral, o Plenário indicará e o Presidente do CADE nomeará o substituto eventual, para atuar por prazo não superior a noventa dias, dispensada a aprovação pelo Senado Federal, fazendo ele jus à remuneração do cargo enquanto durar a substituição.⁴

TÍTULO III

Do Ministério Público Federal Perante o CADE

Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

Parágrafo único. OCADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea "b" do inciso XIV do artigo 6º da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

TÍTULO IV

Da Secretaria de Direito Econômico

Art. 13. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE, com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

⁴ Parágrafo acrescentado por determinação da Lei nº 9.069/95.

Art. 14. Compete à SDE:

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

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

III- proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

IV- decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

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

VI- instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VII- recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

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

IX- celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-se ao CADE, e fiscalizar o seu cumprimento;

X- sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;

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

XII- receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

XIII- orientar os órgãos da Administração Pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

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

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

XVI- exercer outras atribuições previstas em lei.

TÍTULO V

Das Infrações da Ordem Econômica

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

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.

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

CAPÍTULO II Das Infrações

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:

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

II- dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III- aumentar arbitrariamente os lucros;

IV- exercer de forma abusiva posição dominante.

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

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

§ 3º A parcela de mercado referida no parágrafo anterior é presumida como sendo da ordem de trinta por cento.⁵

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I- fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

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

III- dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

⁵ O percentual foi alterado para 20%, por determinação da Lei nº 9.069/95.

IV- limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
V- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

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

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

VIII- combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

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

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

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

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

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

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

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

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

XVII- abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII- vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX- importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos Códigos "Antidumping" e de Subsídios do GATT;

XX- interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

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

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

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

XXIV- impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I- o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II- o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III- o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV- a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Art. 22. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I- no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II- no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III- no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência-UFIR, ou padrão superveniente.⁶

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I- a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II- a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual,

⁶ Inciso acrescentado por determinação da Lei nº 9.069/95.

Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III- a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV- a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

V- a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

Art. 26. A recusa, omissão, enganiosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIR, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.⁷

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei serão levados em consideração:

I- a gravidade da infração;

II- a boa-fé do infrator;

III- a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV- a consumação ou não da infração;

V- o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI- os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII- a situação econômica do infrator;

VIII- a reincidência.

CAPÍTULO IV Da Prescrição

Art. 28. Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada do dia em que tiver cessado.

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica.

⁷ Redação alterada pela Lei nº 9.021/95.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho.

CAPÍTULO V Do Direito de Ação

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do artigo 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

TÍTULO VI Do Processo Administrativo

CAPÍTULO I Das Averiguações Preliminares

Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo.

§ 1º Nas averiguações preliminares o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas no artigo 35, inclusive requerer esclarecimentos do representado.

§ 2º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo.

Art. 31. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento recorrendo de ofício ao CADE neste último caso.

CAPÍTULO II Da Instauração e Instrução do Processo Administrativo

Art. 32. O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados.

Art. 33. O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de quinze dias.

§ 1º A notificação inicial conterá inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

§ 2º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no "Diário Oficial" da União e em jornal de grande circulação no Estado em que

resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do Aviso de Recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

§ 3º A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no "Diário Oficial" da União, da qual deverão constar o nome do representado e de seu advogado.

§ 4º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo na SDE e no CADE.

Art. 34. Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação. Qualquer que seja a fase em que se encontre o processo, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.

Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, sendo-lhe facultado requisitar do representado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades públicas, informações, esclarecimentos ou documentos, a serem apresentados no prazo de quinze dias, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.

Parágrafo único. As diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunha, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade.

Art. 36. As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

Art. 37. O representado apresentará as provas de seu interesse no prazo máximo de quarenta e cinco dias contado da apresentação da defesa, podendo apresentar novos documentos a qualquer momento, antes de encerrada a instrução processual.

Parágrafo único. O representado poderá requerer ao Secretário da SDE que designe dia, hora e local para oitiva de testemunhas, em número não superior a três.

Art. 38. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual.⁸

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório

⁸ Redação alterada pela Lei nº 9.021/95.

circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese.

Art. 40. As averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos, nisso se esmerando o Secretário da SDE, e os membros do CADE, assim como os servidores e funcionários desses órgãos, sob pena de promoção da respectiva responsabilidade.

Art. 41. Das decisões do Secretário da SDE não caberá recurso ao superior hierárquico.

CAPÍTULO III

Do Julgamento do Processo Administrativo pelo CADE

Art. 42. Recebido o processo, o Presidente do CADE o distribuirá, mediante sorteio, ao Conselheiro-Relator, que abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de vinte dias.⁹

Art. 43. O Conselheiro-Relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, na forma do artigo 35, bem como facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos.

Art. 44. A convite do Presidente, por indicação do Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimento ao CADE, a propósito de assuntos que estejam em pauta.

Art. 45. No ato do julgamento em plenário, de cuja data serão intimadas as partes com antecedência mínima de cinco dias, o Procurador-Geral e o representado ou seu advogado terão, respectivamente, direito à palavra por quinze minutos cada um.

Art. 46. A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único. A decisão do CADE será publicada dentro de cinco dias no "Diário Oficial" da União.

Art. 47. O CADE fiscalizará o cumprimento de suas decisões.¹⁰

⁹ Redação determinada pela Lei nº 9.069/95

¹⁰ Redação determinada pela Lei nº 9.069/95.

Art. 48. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do CADE, que determinará ao Procurador-Geral que providencie sua execução judicial.

Art. 49. As decisões do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros.

Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Art. 51. O Regulamento e o Regimento Interno do CADE disporão de forma complementar sobre o processo administrativo.

CAPÍTULO IV

Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do artigo 25.

§ 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

CAPÍTULO V

Do Compromisso de Cessação

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE "ad referendum" do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas :

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;

b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do artigo 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no artigo 60 e seguintes.

TÍTULO VII Das Formas de Controle

CAPÍTULO I Do Controle de Atos e Contratos

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

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o "caput", desde que atendam às 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.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o "caput" aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, ou unidade de valor superveniente.¹¹

§ 4º Os atos de que trata o "caput" deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação

¹¹ Parágrafo com redação determinada pela Lei nº 9.069/95.

em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.¹²

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

§ 6º Após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida, encaminhará o processo devidamente instruído, ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.¹³

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.¹⁴

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

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

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

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos a constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

I- a declaração precisa e detalhada do seu objeto;

¹² Parágrafo com redação determinada pela Lei nº 9.021/95.

¹³ Parágrafo com redação determinada pela Lei nº 9.021/95.

¹⁴ Parágrafo com redação determinada pela Lei nº 9.021/95.

II- o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;

III- o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;

IV- o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;

V- os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;

VI- o prazo de duração da sociedade;

VII- o número, espécie e valor das ações.

Art. 57. Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução.

CAPÍTULO II

Do Compromisso de Desempenho

Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do artigo 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos predefinidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do artigo 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

CAPÍTULO III

Da Consulta

Art. 59. (Revogado pela Lei nº 9.069/95)

TÍTULO VIII

Da Execução das Decisões do CADE

CAPÍTULO I

Do Processo

Art. 60. A decisão do Plenário do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Art. 61. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz

concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízos das multas.

Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Art. 64. A execução das decisões do CADE será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE.

Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

Art. 66. Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.

Art. 67. No cálculo do valor da multa diária pela continuidade da infração, tomar-se-á como termo inicial a data final fixada pelo CADE para a adoção voluntária das providências contidas em sua decisão, e como termo final o dia do seu efetivo cumprimento.

Art. 68. O processo de execução das decisões do CADE terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto "habeas corpus" e mandado de segurança.

CAPÍTULO II

Da Intervenção Judicial

Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Art. 70. Se, dentro de quarenta e oito horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em três dias, o Juiz decidirá em igual prazo.

Art. 71. Sendo a impugnação julgada procedente, o Juiz nomeará novo interventor no prazo de cinco dias.

Art. 72. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Art. 73. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, e terá duração máxima de cento e oitenta dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

§ 1º Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos artigos 153 a 159 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 2º A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa.

§ 1º Se, apesar das providências previstas "no caput", um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o Juiz procederá na forma do disposto no § 2º.

§ 2º Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juiz determinará que este assuma a administração total da empresa.

Art. 75. Compete ao interventor:

I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução;

II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento;

III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

Art. 76. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada.

Art. 77. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

Art. 78. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação do curso do processo, na forma dos artigos 329, 330 e 344 do Código Penal.

TÍTULO IX
Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 79. (Vetado).
Parágrafo único. (Vetado).

Art. 80. O cargo de Procurador do CADE é transformado em cargo de Procurador-Geral e transferido para a Autarquia ora criada juntamente com os cargos de Presidente e Conselheiro.

Art. 81. O Poder Executivo, no prazo de sessenta dias, enviará ao Congresso Nacional projeto de lei dispondo sobre o quadro de pessoal permanente da nova Autarquia, bem como sobre a natureza e a remuneração dos cargos de Presidente, Conselheiro e Procurador-Geral do CADE.

§ 1º Enquanto o CADE não contar com quadro próprio de pessoal, as cessões temporárias de servidores para a Autarquia serão feitas independentemente de cargos ou funções comissionados, e sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens asseguradas aos que se encontram na origem, inclusive para representar judicialmente a Autarquia.

§ 2º O Presidente do CADE elaborará e submeterá ao Plenário, para aprovação, a relação dos servidores a serem requisitados para servir a Autarquia, os quais poderão ser colocados à disposição da SDE.

Art. 82. (Vetado).

Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis ns. 7.347, de 24 de julho de 1985 e 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 84. O valor das multas previstas nesta Lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Art. 85. O inciso VII do artigo 4º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado."

Art. 86. O artigo 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

Art. 87. O artigo 39 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."

Art. 88. O artigo 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

V - por infração da ordem econômica."

Parágrafo único. O inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.847, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 5º

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;"

Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Art. 90. Ficam interrompidos os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no artigo 74 da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo artigo 13 da Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, desta Lei.

Art. 91. O disposto nesta Lei não se aplica aos casos de "dumping" e subsídios de que tratam os Acordos Relativos a Implementação do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos ns. 93.941, e 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

Art. 92. Revogam-se as disposições em contrário, assim como as Leis ns. 4.137, de 10 de setembro de 1962, 8.158, de 8 de janeiro de 1991, e 8.002, de 14 de março de 1990, mantido o disposto no artigo 36 da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994.

Art. 93. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO 2 - LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA

THE SHERMAN ACT

Section 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 3. Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 4. The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of [this Act]; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such

petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises.

Section 6. Any property owned under any contract or by any combination, or pursuant to any conspiracy (and being the subject thereof) mentioned in section [one of this Act], and being in the course of transportation from one State to another, or to a foreign country, shall be forfeited to the United States, and may be seized and condemned by like proceedings as those provided by law for the forfeiture, seizure, and condemnation of property imported into the United States contrary to law.

Section 7. [This Act] shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless -

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect -

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of [this Act], other than this section.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.

ANEXO 3 - LEGISLAÇÃO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA
TRATADO DE ROMA

TÍTULO V

As regras comuns relativas à concorrência,
à fiscalidade e à aproximação das legislações

CAPÍTULO I

As regras de concorrência

SEÇÃO I

As regras aplicáveis às empresas

ARTIGO 85º

1 - São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições do nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e

- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribua para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

ARTIGO 86°

É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

ARTIGO 87°

1. No prazo de 3 anos, a contar da data da entrada em vigor do presente Tratado, o Conselho deliberando por unanimidade, sob a proposta da Comissão e após consulta da Assembléia, adotará todos os regulamentos ou diretivas adequadas conducentes à aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85° e 86°.

Se tais disposições não forem adotadas dentro do prazo mencionado, serão estabelecidas pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, e após consulta da Assembléia.

2. Os regulamentos e as diretivas referidas no n° 1 têm por finalidade, designadamente:

- a) Garantir o respeito das proibições referidas no n° 1 do artigo 85° e no artigo 86°, pela cominação de multas e adstrições;
- b) Determinar as modalidades de aplicação do n° 3 do artigo 85°, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização mais eficaz, e, por outro, de simplificar o mais possível o controle administrativo;
- c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 85° e 86°, relativamente aos diversos setores econômicos;
- d) Definir as funções respectivas da Comissão e do Tribunal de Justiça quanto à aplicação do disposto no presente número;
- e) Definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente seção ou as adotadas em execução do presente artigo.

ARTIGO 88°

Até a data da entrada em vigor das disposições adotadas em execução do artigo 87°, as autoridades dos Estados-membros decidirão sobre a admissibilidade dos acordos, decisões e práticas concertadas e sobre a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum, em conformidade com o direito dos seus próprios países e com o disposto no artigo 85°, designadamente no n° 3, e no artigo 86°.

ARTIGO 89°

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 88°, a Comissão velará, a partir da sua entrada em funções, pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85° e 86°. A pedido de um Estado-membro, ou oficiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-membros, que lhes prestarão assistência, a Comissão instruirá os casos de presumível infração a estes princípios. Se a Comissão verificar que houve infração, proporá os meios adequados para se lhe pôr termo.

2. Se a infração não tiver cessado, a Comissão declarará verificada essa infração aos princípios, em decisão devidamente fundamentada. A Comissão pode publicar a sua decisão e autorizar os Estados-membros a tomarem as medidas, de que fixará as condições e modalidades, necessárias para sanar a situação.

ARTIGO 90°

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 7° e 85° a 94°, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas.

SEÇÃO II

As práticas de *dumping*

ARTIGO 91°

1. Se, durante o período de transição, a Comissão, a pedido de um Estado-membro ou de qualquer outro interessado, verificar a existência de práticas de *dumping* no mercado comum, dirigirá recomendações ao autor ou autores dessas práticas com o objetivo de lhes pôr termo.

Se, porém, tais práticas se mantiverem, a Comissão autorizará o Estado-membro lesado a tomar medidas de proteção, de que fixará as condições e modalidades.

2. A partir da entrada em vigor do presente Tratado, os produtos originários de um Estado-membro, ou que nele se encontrem em livre prática e tenham sido exportados para outro Estado-membro, serão admitidos à reimportação no território desse primeiro Estado, sem que possam ser sujeitos a qualquer direito aduaneiro, restrição quantitativa ou medida de efeito equivalente. A Comissão adotará a regulamentação adequada à aplicação do disposto no presente número.

SEÇÃO III
Os auxílios concedidos pelos Estados

ARTIGO 92º

1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

2. São compatíveis com o mercado comum:

a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;

b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;

c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por esta divisão.

3. Podem ser considerados compatíveis com o mercado comum:

a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego;

b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro;

c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não deterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. Todavia, os auxílios à construção naval existentes em 1 de Janeiro de 1957, na medida em que apenas sirvam de compensação à ausência de proteção aduaneira, serão progressivamente reduzidos nas mesmas condições que as aplicáveis à eliminação dos direitos aduaneiros, sem prejuízo do disposto no presente Tratado no que respeita à política comercial comum em relação a países terceiros;

d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade num sentido contrário ao interesse comum;

e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão.

ARTIGO 93º

1. A Comissão procederá, em cooperação com os Estados-membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados. A Comissão proporá também aos Estados-membros as medidas adequadas que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado comum.

2. Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é

compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92º ou que esse auxílio está sendo aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar.

Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado podem recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça, em derrogação do disposto nos artigos 169º e 170º.

A pedido de qualquer Estado-membro, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode decidir que um auxílio, instituído ou a instituir por esse Estado, deve considerar-se compatível com o mercado comum, em derrogação do disposto no artigo 92º ou nos regulamentos previstos no artigo 94º, se circunstâncias excepcionais justificarem tal decisão. Se, em relação a este auxílio, a Comissão tiver dado início ao procedimento previsto no primeiro parágrafo deste número, o pedido do Estado interessado dirigido ao Conselho terá por efeito suspender o referido procedimento até que o Conselho se pronuncie sobre a questão.

Todavia, se o Conselho não se pronunciar no prazo de três meses, a contar da data do pedido, a Comissão decidirá.

3. Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projetos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projeto de auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 92º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-membro em causa não pode pôr em execução as medidas projetadas antes de tal procedimento haver sido objeto de uma decisão final.

ARTIGO 94º

O Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu, pode adotar todos os regulamentos adequados à execução dos artigos 92º e 93º e fixar, designadamente, as condições de aplicação do nº 3 do artigo 93º e as categorias de auxílios que ficam dispensadas desse procedimento.

ANEXO 4 - LEGISLAÇÃO ALEMÃ

GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

La loi allemande contre les restrictions de la concurrence *Restrictions à la concurrence*

Chapitre 1 - Accords entre entreprises et décisions portant sur la création d'ententes

Article 1 Nullité des accords limitant la concurrence

(1) Les accords conclus entre entreprises ou entre associations d'entreprises en vue d'atteindre des objectifs communs, ainsi que les décisions d'associations d'entreprises, sont nuls dans la mesure où ils sont susceptibles d'influer, par des restrictions à la concurrence, sur la production ou les conditions du marché concernant les échanges de biens ou la prestation de services commerciaux. Ces dispositions ne sont applicables que si la présente loi n'en dispose pas autrement.

(2) L'expression « décisions d'associations d'entreprises » s'applique également aux décisions prises par les assemblées de membres d'une personne morale, pour autant que les membres de cette personne morale soient des entreprises.

Chapitre 2 - Autres accords

Article 15 Nullité des accords portant sur l'imposition de prix ou de conditions commerciales

Les accords entre entreprises relatifs à des marchandises ou à la prestation de services commerciaux, se rapportant à des marchés compris dans le domaine d'application de la présente loi, sont nuls dans la mesure où ils restreignent la liberté de l'une des parties de fixer les prix et conditions commerciales dans les contrats qu'elle conclut avec des tiers, au sujet de marchandises livrées, d'autres marchandises ou de prestations de services commerciaux.

Chapitre 3 - Entreprises occupant une position dominante sur le marché

Article 22 Entreprises occupant une position dominante sur le marché; pouvoirs de l'autorité de contrôle des ententes

(1) Au sens de la présente loi, une entreprise occupe une position dominante sur le marché dans la mesure où, en tant que fournisseur ou acheteur d'un certain type de biens ou de services commerciaux:

1. elle n'a pas de concurrent ou n'est pas exposée à une concurrence notable quelconque,

2. ou jouit sur le marché d'une situation prépondérante par rapport à ses concurrents; à cet égard, il convient de tenir compte, non seulement de la place qu'elle occupe sur le marché, mais notamment de sa puissance financière, de ses possibilités d'accès aux marchés de fourniture ou d'écoulement de biens et services, de ses liens avec d'autres entreprises, ainsi que des obstacles de fait ou de droit qui s'opposent à l'entrée d'autres entreprises sur le marché.

(2) Deux ou plusieurs entreprises doivent aussi être présumées dominantes sur le marché pour autant qu'il n'existe entre elles, pour un certain type de biens ou de services commerciaux, aucune concurrence notable, soit pour des raisons de fait d'ordre général, soit à l'égard de marchés déterminés et lorsque, conjointement, elles remplissent les conditions prévues à l'alinéa 1 du présent article,

(3) Il doit être présumé:

1. qu'une entreprise occupe une position dominante, au sens de l'alinéa 1 du présent article, si sa part du marché est au moins d'un tiers pour un certain type de marchandises ou de services commerciaux; une telle présomption n'est pas retenue s'il s'agit d'une entreprise dont le chiffre d'affaires au cours du dernier exercice commercial est resté inférieur à 250 millions de DM;

2. les conditions prévues à l'alinéa 2 du présent article sont réunies si, pour un type déterminé de marchandises ou de services commerciaux:

a) trois ou moins de trois entreprises détiennent conjointement une part du marché égale ou supérieure à 50%;

b) ou si cinq ou moins de cinq entreprises détiennent conjointement une part du marché égale ou supérieure aux deux tiers.

Cette présomption ne sera pas retenue s'il s'agit d'entreprises dont le chiffre d'affaires au cours du dernier exercice commercial n'a pas dépassé 100 millions de DM.

Pour ce qui est du calcul de la part du marché et du montant du chiffre d'affaires, les dispositions de l'article 23, alinéa 1, phrases 2 à 10 ci-dessous sont applicables par analogie.

(4) L'autorité de contrôle des ententes dispose, vis-à-vis des entreprises à position dominante, de pouvoirs qui sont spécifiés à l'alinéa 5 ci-après, pour autant que lesdites entreprises abusent de leur position dominante sur le marché pour ces biens ou services commerciaux ou pour tous autres. Il y a abus au sens de la première phrase du présent alinéa, notamment si une entreprise occupant une position dominante sur le marché au titre de fournisseur ou d'acheteur d'un certain type de produits ou services commerciaux:

1. compromet grièvement les possibilités concurrentielles d'autres entreprises au regard de la concurrence sur le marché, sans que rien ne justifie un tel comportement;

2. exige des rémunérations ou d'autres conditions commerciales qui soient différentes de celles qui existeraient, selon toute probabilité, s'il existait une concurrence efficace; dans ce contexte, il faut notamment tenir compte des pratiques des entreprises sur des marchés comparables qui se caractérisent par une concurrence efficace;

3. exige des rémunérations ou d'autres conditions commerciales moins favorables que celles qu'exigent des acheteurs analogues opérant sur des marchés comparables, l'entreprise

occupant une position dominante sur le marché, à moins que cette différenciation soit justifiée par les faits.

(5) L'autorité de contrôle des ententes peut, dans les conditions prévues à l'alinéa 4 ci-dessus, interdire une pratique abusive aux entreprises occupant une position dominante sur le marché et déclarer nuls certains contrats; l'article 19 ci-dessus est applicable par analogie. L'autorité de contrôle des ententes doit, auparavant, mettre les entreprises concernées en demeure de mettre fin à l'abus incriminé.

(6) Si les conditions prévues à l'alinéa 1 ci-dessus se trouvent réunies, dans le cas d'un groupe d'entreprises (Konzernunternehmen), au sens de l'article 18 de la loi sur les sociétés par actions, l'autorité de contrôle des ententes peut faire usage des pouvoirs prévus à l'alinéa 5 ci-dessus à l'encontre de chacune des sociétés affiliées.

Article 23 Obligation de notification lors d'une fusion d'entreprises

(1) Toute fusion d'entreprises doit être déclarée sans délai à l'autorité de contrôle des ententes si les entreprises participantes ont réalisé globalement, au cours du dernier exercice comptable précédant la fusion, un chiffre d'affaires d'au moins 500 millions de DM. Si l'une des participantes est une entreprise dépendante ou dominante au sens de l'article 17 de la loi sur les sociétés par actions, ou une société affiliée à un groupe (Konzernunternehmen) au sens de l'article 18 de la même loi, les entreprises ainsi affiliées seront considérées comme une entreprise unique pour l'appréciation de la part de marché, pour le dénombrement du personnel et pour le calcul du chiffre d'affaires; si plusieurs entreprises agissant conjointement, en vertu d'un accord ou autrement, apparaissent en mesure d'exercer conjointement une influence dominante sur une entreprise participante, chacune d'elles sera considérée comme étant une entreprise dominante. L'article 277, alinéa 1 du code de commerce, est applicable au calcul du chiffre d'affaires; il n'est pas tenu compte, dans le calcul, des revenus provenant de livraisons ou prestations effectuées au sein des entreprises liées entre elles au sens de la deuxième phrase (revenus intergroupe) ni de l'impôt de consommation; les chiffres d'affaires en monnaies étrangères doivent être convertis en DM au taux officiel du change. S'il s'agit d'établissements de crédit ou de Caisses d'épargne pour la construction, le chiffre d'affaires est remplacé par le dixième du total du bilan, et pour les compagnies d'assurances, par le revenu des primes du dernier exercice commercial. Les sommes correspondant à des participations acquises dans les entreprises affiliées au sens de la deuxième phrase ci-dessus sont à déduire du total des dépôts figurant au bilan; le revenu des primes comprend le revenu des opérations d'assurance et de réassurance, y compris les montants cédés aux réassureurs. Quant aux entreprises dont l'activité consiste totalement ou partiellement dans la distribution de marchandises, seuls les trois quarts du chiffre d'affaires entrent en ligne de compte. Dans le cas d'entreprises dont les opérations consistent en tout ou en partie à publier, produire ou distribuer des journaux ou des magazines ou des parties de ceux-ci, le montant qui entre en ligne de compte est de vingt fois le chiffre d'affaires; la phrase 6 ci-dessus n'est pas modifiée. Dans le cas d'une acquisition de la totalité ou d'une

partie substantielle des actifs d'une autre entreprise, il ne faudra tenir compte que des actifs vendus pour le calcul de la part du marché et du chiffre d'affaires de l'entreprise venderesse. La phrase 8 s'appliquera par analogie à l'acquisition d'actions, dans la mesure où moins de 25% de ces actions sont conservées par le vendeur et où la fusion ne remplit pas les conditions définies à l'alinéa 2, n° 2, phrase 3 et n° 5 ou n° 6. Si une personne ou une association de personnes ne constituant pas une entreprise se trouve assurée de la majorité dans une entreprise, cette personne ou cette association sera réputée être une entreprise aux fins de la présente loi.

(2) Au sens de la présente loi, sont considérées comme des fusions les situations suivantes résultant:

1. d'une acquisition de la totalité ou d'une partie substantielle des avoirs d'une autre entreprise, par absorption, création d'une société nouvelle ou de toute autre manière;

2. d'une acquisition de parts dans une autre entreprise; à condition que les parts, seules ou jointes à d'autres parts déjà détenues par l'entreprise qui achète:

a) représentent 25% des parts du capital ou des droits de vote de l'autre entreprise,

b) représentent 50% des parts du capital ou des droits de vote de l'autre entreprise,

c) assurent aux intérêts de l'entreprise une position majoritaire au sens de l'article 16, alinéa 1 de la loi sur les sociétés par actions.

Dans les parts détenues par l'entreprise qui achète sont aussi comprises les parts appartenant à une entreprise affiliée au sens de l'alinéa 1, deuxième phrase ci-dessus, ou à toute autre entreprise agissant pour le compte de l'une de ces entreprises, et quand le propriétaire de l'entreprise est un commerçant isolé, également les parts qui font partie des autres avoirs de ce propriétaire. Si plusieurs entreprises acquièrent simultanément ou successivement des parts d'une autre entreprise pour les montants précités, l'opération est considérée comme une fusion des entreprises participantes (entreprise commune) en ce qui concerne les marchés sur lesquels opère l'autre entreprise. L'acquisition d'actions sera également réputée être une fusion dans la mesure où l'acquéreur obtient, du fait d'un accord, de statuts, d'un acte de société ou d'une résolution, la situation juridique qui est au sein d'une société par actions, celle d'un actionnaire détenant plus de 25% du capital donnant droit de vote.

3. de la conclusion d'accords avec une autre entreprise prévoyant:

a) la formation d'un groupe de sociétés affiliées (Konzern), au sens de l'article 18 de la loi sur les sociétés par actions, ou l'élargissement d'un groupe de sociétés affiliées, ou

b) l'obligation à charge de l'autre entreprise de poursuivre ses activités pour le compte de la première entreprise ou de transférer tout ou partie de ses bénéfices à cette entreprise, ou

c) une cession à bail ou autrement à l'entreprise des installations de l'autre entreprise ou d'une partie substantielle desdites installations.

4. de la réalisation d'une situation dans laquelle les membres du Conseil de surveillance, du Conseil d'administration ou

de tout autre organe, nommés par les entreprises pour gérer leurs affaires, sont pour une moitié au moins, les mêmes;

5. de toute autre combinaison d'entreprises telle qu'une ou plusieurs entreprises soient en mesure d'exercer, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre entreprise;

6. de toute combinaison entre entreprises, mentionnée aux n° 2 et 4 ou 5 ci-dessus, ou une part inférieure à celle mentionnée au n° 2, première phrase, lettre a) est acquise, une position juridique conformément au n° 2, quatrième phrase, n'est pas réaliste, l'étendue de l'égalité des personnes, conformément au n° 4 ci-dessus, n'est pas atteinte et où une influence dominante au sens du n° 5 ci-dessus n'est pas rendue possible si, en raison de la combinaison, une ou plusieurs entreprises peuvent exercer directement ou indirectement une influence considérable sur une autre entreprise du point de vue de la concurrence.

(3) Il y a aussi présomption de fusion lorsque les entreprises participant à la fusion formaient déjà auparavant un groupement au sens de l'alinéa 2 ci-dessus, à moins que la fusion n'ait pas conduit à un renforcement substantiel des liens existants. Si un établissement de crédit acquiert des parts dans une autre entreprise, au moment où cette entreprise se constitue ou procède à une augmentation de capital, ou autrement dans le cadre de ses activités normales, avec l'intention de vendre ces parts sur le marché, la fusion ne sera pas présumée aussi longtemps que l'établissement de crédit en question n'exercera pas le droit de vote attaché à ces parts et à condition que la vente desdites parts ait lieu dans le courant d'une année. Lors de la constitution d'une entreprise, l'exercice du droit de vote à la première assemblée générale ne conduit pas à fusion. Si l'entreprise participant à une fusion est une entreprise affiliée au sens de l'alinéa 1, deuxième phrase ci-dessus, l'entreprise dominante ainsi que les entreprises dont dépend l'entreprise dominante sont également considérées comme participant à la fusion. Si deux ou plusieurs entreprises fusionnent, les entreprises qui dépendent d'elles seront considérées comme ayant aussi fusionné.

(4) La déclaration doit être faite:

1. en cas de fusion par absorption ou création d'une entreprise nouvelle, par les propriétaires de l'entreprise qui achète ou par ceux de l'entreprise nouvellement constituée ou par leurs représentants, ou bien si les entreprises sont des personnes morales ou des sociétés, par les personnes que la loi ou les statuts des sociétés désignent comme représentants;

2. dans les autres cas:

a) par les propriétaires des entreprises participant à la fusion, et

b) lorsque s'appliquent les dispositions de l'alinéa 2 n° 1 et 2 ci-dessus, également par les vendeurs ou par leurs représentants, ou s'il s'agit de personnes morales ou de sociétés, par la personne que la loi ou les statuts de la société désigne(nt); là où la lettre b) est applicable, l'alinéa 3, troisième phrase est applicable par analogie.

(5) La déclaration doit indiquer le type de fusion. Elle doit en outre donner sur chacune des entreprises participantes les indications suivantes:

1. le nom de la firme ou sa raison sociale, l'adresse de son établissement ou de son siège social;

2. la nature de ses activités;

3. les parts du marché, y compris les bases de calcul ou d'estimation, lorsque ces parts, dans le domaine d'application de la présente loi ou dans une partie importante de ce dernier, atteignent au moins 20% pour l'ensemble des entreprises participantes, ainsi que le chiffre d'affaires; pour les établissements de crédit et les Caisses d'épargne pour la construction, le chiffre d'affaires est remplacé par le total du bilan et, pour les compagnies d'assurances, par le revenu des primes;

4. en cas d'acquisition de parts dans une autre entreprise, le montant de la participation acquise et celui de la participation existante totale.

Si une entreprise participante est une entreprise affiliée, au sens de l'alinéa 1, deuxième phrase ci-dessus, les indications demandées à la phrase 2 du présent alinéa, n° 1 et 2, doivent aussi être fournies pour les entreprises ainsi affiliées, et les indications demandées à la deuxième phrase, n° 3, au sujet de chaque entreprise participant à la fusion et au sujet de toutes les entreprises qui lui sont affiliées; il faut de même communiquer les relations à l'intérieur d'un consortium, les degrés de dépendance et les pourcentages des participations des entreprises affiliées.

(6) L'Office fédéral des ententes peut demander à chacune des entreprises participantes de lui fournir des renseignements sur leur part du marché, y compris leurs bases de calcul et d'estimation, ainsi que sur leur chiffre d'affaires pour un certain type de marchandise ou de services commerciaux, au cours du dernier exercice commercial ayant précédé la fusion. Si une entreprise participante est une entreprise affiliée au sens de l'alinéa 1, deuxième phrase ci-dessus, l'Office fédéral des ententes peut aussi réclamer la même information sur les autres entreprises affiliées; il peut enfin demander ces informations aux entreprises affiliées elles-mêmes. L'article 46, alinéas 2, 5 et 9 est applicable par analogie. L'Office fédéral des ententes fixe un délai raisonnable pour la fourniture de ces renseignements. Les pouvoirs conférés à l'Office fédéral des ententes par l'article 46 conservent toute leur valeur.

Article 23a Présomption de fusions verticales et sous forme de conglomération

(1) Nonobstant les dispositions de l'article 22, alinéas 1 à 3 ci-dessus, aux fins du contrôle des fusions, une position dominante sur le marché sera réputée créée ou renforcée à la suite d'une fusion si:

1. une entreprise qui a réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de DM au cours du dernier exercice commercial qui précède la fusion fusionne avec une autre entreprise qui:

a) opère sur un marché sur lequel les petites et moyennes entreprises détiennent ensemble une part égal au moins aux deux tiers et que les entreprises participant à la fusion détiennent ensemble une part du marché d'au moins 5%, ou,

b) occupe une position dominante sur un ou plusieurs marchés et, au cours de la dernière année civile écoulée, a réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 150 millions de DM, ou

2. Les entreprises participant à la fusion ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires d'au moins douze milliards de DM au

cours du dernier exercice commercial précédant la fusion et si deux au moins des entreprises participant à la fusion ont réalisé chacune un chiffre d'affaires d'au moins un milliard de DM; cette présomption ne s'appliquera pas dans la mesure où la fusion répond également aux conditions définies à l'article 23, alinéa 2, n° 2, troisième phrase ci-dessus, et que la coentreprise n'a pas opéré sur un marché avec un chiffre d'affaires d'au moins 750 millions de DM au cours de la dernière année civile.

(2) Aux fins du contrôle des fusions, un ensemble d'entreprises sera également réputé dominant le marché:

1. s'il se compose de trois entreprises ou moins qui détiennent sur un seul marché les parts les plus importantes et, ensemble, une part du marché de 50%, ou

2. s'il comprend cinq entreprises ou moins qui détiennent sur un seul marché les parts les plus importantes et ensemble les deux tiers du marché, à moins qu'une entreprise ne prouve que l'on puisse s'attendre à ce que les conditions de concurrence laissent subsister une concurrence suffisante entre elles après la fusion ou que la totalité des entreprises ne détiennent pas une position dominante sur le marché par rapport à leurs autres concurrents. La phrase 1 ne sera pas applicable si les entreprises en cause ont réalisé des chiffres d'affaires de moins de 150 millions de DM au cours du dernier exercice commercial ou si les entreprises participant à la fusion détiennent ensemble une part du marché ne dépassant pas 15%. L'article 22, alinéas 2 et 3, première phrase, n° 2 ci-dessus, s'appliquera sans modification.

(3) Les dispositions de l'article 23, alinéa 1, phrases 2 à 6 et 8 à 10 ci-dessus, seront applicables pour le calcul des chiffres d'affaires et des parts du marché.

Chapitre 4 - Comportements restrictifs et discriminatoires

Article 25 Interdiction de toute action concertée et de toute mesure limitant la concurrence

(1) Toute action concertée de la part d'entreprises ou d'associations d'entreprises, qui, conformément à la présente loi, ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel, est interdite.

(2) Il est interdit aux entreprises et aux associations d'entreprises de menacer d'autres entreprises de leur causer des préjudices, ou de leur en causer, ou de leur promettre des avantages, ou de leur en octroyer afin de les inciter à adopter des pratiques qui, conformément à la présente loi ou à une décision de l'autorité de contrôle des ententes prise en vertu de la présente loi ne peuvent faire l'objet d'un engagement contractuel.

(3) Il est interdit aux entreprises et aux associations d'entreprises de contraindre d'autres entreprises:

1. à adhérer à un accord ou à une décision au sens des articles 2 à 8, articles 29 et 99, alinéa 1; articles 1 et 7, articles 102 à 103;

2. à fusionner avec d'autres entreprises au sens de l'article 23;

3. à adopter une même attitude sur le marché en vue de restreindre la concurrence.

Article 26 Interdiction des refus de livraison et des boycottages d'achats

(1) Il est interdit aux entreprises ou à des associations d'entreprises d'inciter une autre entreprise ou une association d'entreprises à refuser les livraisons ou à boycotter les achats auprès d'autres entreprises en vue de nuire d'une manière non équitable à certaines entreprises sur le marché.

(2) Il est interdit aux occupant une position dominante sur le marché et aux associations d'entreprises au sens des articles 2 à 8 ci-dessus, 99, alinéa 1, n° 1 et 2, ainsi qu'alinéa 2, article 100, alinéas 1 et 7, articles 102 et 103 ci-dessous ainsi qu'à des entreprises qui imposent des prix au sens des articles 16 ci-dessus, 100 alinéa 3 ou article 103, alinéa 1, n° 3 ci-dessous, d'entraver d'une manière nonéquitable, directement ou indirectement, une autre entreprise dans les relations d'affaires normalement accessibles à des entreprises similaires, ni d'appliquer directement ou indirectement un régime discriminatoire à l'égard des entreprises similaires, sauf raisons objectivement justifiées. La première phrase ci-dessus s'applique aussi aux entreprises et aux associations d'entreprises dont sont tributaires de petites ou moyennes entreprises en tant que fournisseurs ou acheteurs d'un certain type de produits ou de services commerciaux dans la mesure où il n'existe pas, en nombre suffisant, des possibilités raisonnables de s'adresser à d'autres entreprises. Le fournisseur d'un certain type de produits ou de services commerciaux sera présumé dépendre de l'acheteur au sens de la deuxième phrase ci-dessus, si, outre les réductions de prix ou autres rémunérations en usage dans le commerce, ledit acheteur bénéficie régulièrement d'avantages spéciaux qui ne sont pas consentis à des acheteurs analogues.

(3) Il est interdit aux entreprises occupant une position dominante sur le marché et aux associations d'entreprises au sens de l'alinéa 2, première phrase ci-dessus, d'utiliser leur situation pour obliger d'autres entreprises exerçant des activités commerciales à leur accorder des conditions préférentielles non justifiées par les faits. La première phrase sera également applicable aux entreprises et aux associations d'entreprises au sens de l'alinéa 2, deuxième phrase ci-dessus, en ce qui concerne les entreprises qui dépendent d'elles.

(4) les entreprises occupant, par rapport à de petits et moyens concurrents, une position dominante sur le marché, ne doivent pas utiliser leur puissance afin d'entraver d'une manière non équitable, directement ou indirectement, de tels concurrents.

(5) Si, en raison de certains faits, il apparaît, selon une expérience générale, qu'une entreprise a utilisé sa puissance sur le marché au sens de l'alinéa 4 ci-dessus, alors il appartient à cette entreprise de réfuter l'apparence et d'élucider de telles circonstances justifiant une prétention dans son secteur d'activité, circonstances que le concurrent concerné ou une association n'est pas en mesure d'élucider en vertu de l'article 35, alinéa 3, alors que cette élucidation est possible à l'entreprise contre laquelle s'exerce le recours et qu'elle peut être exigée d'elle.

Article 27 Refus d'admission dans une association économique ou professionnelle

(1) Si l'admission d'une entreprise dans une association économique ou professionnelle est refusée, l'autorité de contrôle des ententes peut ordonner sur demande de l'entreprise en cause, que celle-ci soit admise dans cette association, au cas où ce refus a le caractère d'un traitement discriminatoire et objectivement injustifié, et s'il place injustement cette entreprise dans une position concurrentielle défavorable sur le marché. Les associations formées en vues de défendre des labels de qualité sont également des associations économiques au sens de la présente loi.

(2) La décision peut être assortie de charges.

(3) L'article 11, alinéa 4, n° 1 et alinéa 5, n° 1, sont applicables par analogie.

ANEXO 5 - LEGISLAÇÃO ARGENTINA**LEY 22.262 - DE 1 DE AGOSTO DE 1980
LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA****CAPÍTULO I
AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY**

Art. 1. Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Art. 2. A los efectos de esta ley se entiende:

a) que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial;

b) que dos o más personas gozan de posición dominante, en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

Art. 3. Quedan en particular incluidos en el art. 1, en tanto se den las condiciones previstas en el mismo, los actos y conductas enumerados en el art. 41.

Art. 4. Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que:

a) estuviese firme la resolución prevista en el art. 19;

b) se hubiese dictado la resolución aprobatoria prevista en el art. 24;

c) se hubiese dictado la resolución prevista en el art. 26;

d) estuviese firme la resolución prevista en el art. 30.

No obstante, transcurridos dieciocho meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios.

El plazo de prescripción será de dos años, a partir de la fecha en que la acción civil pueda ser ejercida, conforme a lo establecido en el presente.

Art. 5. Quedan excluidos del art. 1 los actos y conductas que se atengan a normas generales o particulares o a disposiciones administrativas dictadas en virtud de aquéllas.

CAPÍTULO III
INSTANCIA JUDICIAL

Sección II
De las penas en caso de delito

Art. 41. - Serán reprimidos con las sanciones previstas en el art. 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el art. 1:

a) fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado;

b) limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos;

c) establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

e) celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento;

f) impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores;

g) negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;

h) imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales;

i) destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o, producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o trasportarlos;

j) abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;

k) comunicar a empresas competidoras, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

ANEXO 6 - LEGISLAÇÃO CANADENSE

COMPETITION ACT

CHAPTER C-34

An Act to provide for the general regulation of trade and commerce in respect of conspiracies, trade practices, and mergers affecting competition

Short title

1. This Act may be cited as the *Competition Act*.

PART I

PURPOSE AND INTERPRETATION

Purpose of the Act

1.1. The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to insure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

PART VIII

MATTERS REVIEWABLE BY TRIBUNAL

Abuse of dominant position

Definition of "anti-competitive act"

78. For the purposes of section 79, "anti-competitive act", without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer's entry into, or expansion in, a market;

(b) acquisition by a supplier of a customer who would otherwise be available to a competitor of the supplier, or acquisition by a customer of a supplier who would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purpose of

impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(c) freight equalization on the plant of a competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(d) use of fighting brands introduced selectively on a temporary basis to discipline or eliminate a competitor;

(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market;

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels;

(g) adoption of product specifications that are incompatible with products produced by any other person and are designed to prevent his entry into, or to eliminate him from, a market;

(h) requiring or inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor, with the object of preventing a competitor's entry into, or expansion in, a market; and

(i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor.

Prohibition where abuse of dominant position

79. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

ANEXO 7 - LEGISLAÇÃO FRANCESA

ORDONNANCE N° 86-1243, DU 1er DÉCEMBRE 1986 (J.O. du 09/12/86) relative à la liberté des prix et de la concurrence

TITRE I DE LA LIBERTÉ DES PRIX

Art. 1er. - L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence.

Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois.

TITRE III DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Art. 7. - Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à:

1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;
2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;
3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;
4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Art. 8. - Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises:

1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci;

2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Art. 9. - Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8.

Art. 10. - Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques:

1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application;

2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès. Certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.

TITRE IV DE LA CONCENTRATION ÉCONOMIQUE

Art. 38. - Tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du Conseil de la concurrence.

Ces dispositions ne s'appliquent que lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble plus de 25 p. 100 des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxe de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs.

Art. 39. - La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante.

Art. 43 - Le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre.

TITRE VII DISPOSITIONS DIVERSES

Art. 53. - Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.

ANEXO 8 - LEGISLAÇÃO ITALIANA**LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287
NORME PER LA TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO****TITOLO I**

Norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione.

Art. 1. Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario

1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di cui all'articolo 10, di seguito denominata Autorità, qualora ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge ai sensi del comma 1, ne informa la Commissione delle Comunità europee, cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso.

3. Per le fattispecie in relazione alle quali risulti già iniziata una procedura presso la Commissione delle Comunità europee in base alle norme richiamate nel comma 1, l'Autorità sospende l'istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale.

4. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.

Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza

1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle da ogni effetto.

Art. 3. Abuso di posizione dominante

1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

Art. 4. Deroche al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza

1. L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.

2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione.

3. La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa.

Art. 5. Operazioni di concentrazioni

1. L'operazione di concentrazione si realizza:

a) quando due o più imprese procedono a fusione;

b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;

c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune.

2. L'assunzione del controllo di un'impresa non si verifica nel caso in cui una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse.

3. Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione.

Art. 6. Divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza

1. Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Tale situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione.

2. L'Autorità, al termine dell'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, quando accerti che l'operazione comporta le conseguenze di cui al comma 1, vieta la concentrazione ovvero l'autorizza prescrivendo le misure necessarie ad impedire tali conseguenze.

Art. 7. Controllo

1. Ai fini del presente titolo si ha controllo nei casi contemplati dall'articolo 2359 del codice civile ed inoltre in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa, anche attraverso:

a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa;

b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

2. Il controllo è acquisto dalla persona o dalla impresa o dal gruppo di persone o di imprese:

a) che siano titolari dei diritti o beneficiari dei contratti o soggetti degli altri rapporti giuridici suddetti;

b) che, pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti o soggetti di tali rapporti giuridici, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano.

Art. 8. Imprese pubbliche e in monopolio legale

1. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale.

2. Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.

ANEXO 9 - LEGISLAÇÃO PORTUGUESA**DECRETO-LEI N° 371/93, DE 29 DE OUTUBRO DE 1993****CAPÍTULO I. Das regras de concorrência****SECÇÃO I. Disposições gerais****Art. 1.º (Âmbito de aplicação)**

1. O presente diploma é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.

2. Sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, o presente diploma é aplicável às práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos.

3. Exceptuam-se do âmbito de aplicação deste diploma as restrições da concorrência decorrentes de lei especial.

SECÇÃO II. Práticas proibidas**Art. 2.º (Acordos, práticas concertadas e decisões de associações)**

1. São proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;

b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;

c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

f) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;

g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.

2. Excepto nos casos em que se considerem justificados, nos termos do artigo 5º, os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo serão nulos.

Art. 3.º (Abuso de posição dominante)

1. É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

2. Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

a) A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;

b) Duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros.

3. Sem prejuízo da ponderação, em cada caso concreto, de outros factores relativos às empresas e ao mercado, presume-se que:

a) Se encontra na situação prevista na alínea a) do número anterior uma empresa que detenha no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30%;

b) Se encontram na situação prevista na alínea b) do número anterior as empresas que detenham no conjunto do mercado nacional de determinado bem ou serviço:

i) Uma participação igual ou superior a 50%, tratando-se de três ou menos empresas;

ii) Uma participação igual ou superior a 65%, tratando-se de cinco ou menos empresas.

4. Poderá ser considerada abusiva, designadamente, a adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 2º.

Art. 4.º (Abuso de dependência económica)

É também proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduza na adopção de qualquer dos comportamentos previstos no nº 1 do artigo 2º.

Art. 5º (Balanço económico)

1. Poderão ser consideradas justificadas as práticas restritivas da concorrência que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;

b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;

c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

2. As práticas previstas no artigo 2.º poderão ser objecto de avaliação prévia por parte do Conselho da Concorrência, segundo processo a estabelecer por portaria do ministro responsável pela área do comércio.

Art. 6.º (Noção de empresa)

Para efeitos de aplicação do disposto nesta secção considera-se como única empresa o conjunto de empresas que, embora

juridicamente distintas, mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 2 do artigo 9.º

SECÇÃO IV. Auxílios de Estado

Art. 11º (Auxílios de Estado)

1. Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não poderão restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.

2. A pedido de qualquer interessado, o ministro responsável pela área do comércio poderá examinar os auxílios referidos no número anterior, de forma a propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência.

3. Para efeitos do disposto no presente artigo não se consideram:

a) As indenizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público;

b) Os benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos ou de quaisquer outros regimes específicos aprovados pelo Governo ou pela Assembléia da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas Comunidades Europeias**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- 02 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A liberdade de iniciativa econômica**: fundamento, natureza e garantia constitucional. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1986, nº 92, p. 221-240.
- 03 BARRE, Raymond. **Economia política**. Trad. José Carlos de Assis e Roberto Paulino. [S.l.]: Difel, 1978.
- 04 BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.
- 05 BENTIVOGLI, Chiara; TRENTO, Sandro. **Economia e politica della concorrenza**: intervento antitrust e regolamentazione. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1995.
- 06 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- 07 BOTTALLO, Eduardo D. **Abuso do poder econômico**. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, nº 55-56, p. 303-307.
- 08 BRAULT, Dominique. **Droit de la concurrence comparé**: vers un ordre concurrentiel mondial? Paris: Economica, 1995.
- 09 BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**: (desenvolvimento econômico. Bem-estar social). São Paulo: Saraiva, 1982.
- 10 BUESCU, Mircea. **A ordem econômica nas Constituições da República**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1986, nº 91, p. 153-172.
- 11 BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- 12 BURST, Jean-Jacques; KOVAR, Robert. **Droit de la concurrence**. Paris: Economica, 1981.

- 13 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia**. Buenos Aires: Heliasta, [S.d.].
- 14 CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- 15 _____. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- 16 CASELLA, Paulo Borba. **Soberania e aplicação do direito da concorrência na Comunidade Européia e no Mercosul**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1994, nº 121, p. 117-143.
- 17 CASTRO FILHO, José Olímpio. **Abuso do direito no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- 18 CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade industrial**. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- 19 CHAMBERLIN, Edward Hastings. **Teoria de la competencia monopolica**. Trad. Cristobal Lara Beautell e Víctor L. Urquini. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1946.
- 20 CHRISTENSEN, Roberto. **Nueva ley de monopolio: ley n. 22.262, de defensa de la competencia**. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- 21 COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 22 COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- 23 CONSEIL DE LA CONCURRENCE. **Huitième rapport d'activité**. Année 1994. Paris: Imprimerie des Journaux Officiels, 1995.
- 24 COSTA, Adalberto. **Regime geral da concorrência**. Porto: Legis, 1996.
- 25 COTRIM NETO, A. B. **A intervenção do Estado na economia**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1987, nº 96, p. 139-154.
- 26 _____. **A intervenção do Estado na economia: seu processo e ocorrência históricos**. In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Forense: Rio de Janeiro, 1986, nº 5, p. 13-29.

- 27 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- 28 DANIELE, Luigi. **Il diritto materiale della Comunità Economica Europea**: introduzione allo studio delle libertà di circolazione e delle politiche comunitarie. Milano: Giuffrè, 1991.
- 29 DIAS, Sérgio Novais. **Abuso de poder econômico**: proteção ao consumidor. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n° 84, p. 19-34.
- 30 DICIONÁRIO DE CONCEITOS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991. Verbete "Abuso de direito", p. 21.
- 31 FAGUNDES, M. Seabra. **Da ordem econômica na nova Constituição**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1968, n° 222, p. 19-25.
- 32 FARENA, Durciran van Marsen. **Federalismo e Direito Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1991, n° 111, p. 21-40.
- 33 _____. **Intervenção do Estado no domínio econômico**: alguns aspectos e a ordem constitucional econômica de 1988. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: 1989, n° 32, p. 71-84.
- 34 FARIA, Werter R. **Constituição econômica**: liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- 35 _____. **Defensa de la competencia en el Mercosur**. In: Revista del Derecho Industrial. Buenos Aires: De Palma, 1993, n° 43, p. 23-55.
- 36 _____. **Direito de concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- 37 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A concentração econômica e fiscalização administrativa**: (entendimento do art. 74 da Lei n° 4137/62 segundo a redação do art. 13 da Lei 8158/91). In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, n° 193, p. 65-78.
- 38 _____. **Congelamento e disciplina jurídica dos preços**. In: _____. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990, p. 21-39.

- 39 _____. **Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional.** In: Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília: 1992, nº 45 (180), p. 175-185.
- 40 FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato:** il caso degli Stati Uniti. Torino: Giappichelli, 1992.
- 41 FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Verbetes "competição" e "concorrência", p. 440 e 447.
- 42 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Saraiva, 1990.
- 43 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- 44 FONT GALÁN, Juan Ignacio. **Constitución económica y derecho de la competencia.** Madrid: Tecnos, 1987.
- 45 FOX, Eleanor; SULLIVAN, Lawrence A. **Cases and materials on antitrust law.** St. Paul: West Publishing, 1989.
- 46 FRANCESCHELLI, Remo. **Trattato di diritto industriale.** Vol. II. Milano: Giuffrè, 1973.
- 47 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): alguns aspectos.** In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, nº 75, p. 291-308.
- 48 _____. **Introdução ao direito da concorrência.** São Paulo: Malheiros, 1996.
- 49 _____. **O processo de apuração do abuso do poder econômico na atual legislação do CADE.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1987, nº 96, p. 155-178.
- 50 _____. **Os contratos de tecnologia como forma de abuso de poder econômico.** In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, nº 53-54, p. 336-345.
- 51 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso.** Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

- 52 FRANCO SOBRINHO, Manoel de O. **A intervenção do Estado na ordem econômica.** In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, nº 11, p. 7-12.
- 53 FREIRE, Laudelino. **Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa.** Vol. 2. 2. ed. [S.l.]: José Olympio, 1954. Verbetes "competição" e "concorrência", p. 1484 e 1504.
- 54 FRIGNANI, A.; PARDOLESI, R.; PATRONI GRIFFI, A.; UBERTAZZI, L. C. **Diritto antitrust italiano.** Vol. I. Bologna: Zanichelli, 1993.
- 55 GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder.** Trad. Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1986.
- 56 _____. **Capitalismo.** Trad. Moacyr Padilha. Rio de Janeiro: Zahar, 1960.
- 57 _____. **La sociedad opulenta.** Trad. Carlos Grau Petit. Barcelona: Ariel, 1963.
- 58 GALGANO, Francesco (Dir.) **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia: la concorrenza e i consorzi.** Vol. IV. Padova: Cedam, 1981.
- 59 GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo.** Vol. 2. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1989.
- 60 GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto pubblico dell'economia.** Urbino: Il Mulino, 1995.
- 61 GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine. **Derecho Comercial Europeo.** Madrid: Graficas Joaquin Morales, 1984.
- 62 GOMES, Orlando. **Constituição econômica e Constituição política na democracia.** In: Ensaios de Direito Civil e de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 13-22.
- 63 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Legislação sobre práticas comerciais restritivas e abuso de posição dominante nos principais sistemas jurídicos.** In: Revista de Direito Econômico- CADE. Nova Fase. [S.l.]: 1987, nº 3, p. 15-18.
- 64 GOYDER, D. G. **EC competition law.** 2. ed. New York: Oxford University Press, 1995.
- 65 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

- 66 _____. **Notas preliminares à abordagem da relação entre Direito e desenvolvimento.** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, nº 519, p. 13-20.
- 67 _____. **O Direito: sua formação e os fatos econômicos.** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, nº 473, p. 11-22.
- 68 _____. **Planejamento econômico e regra jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- 69 _____. **Princípio da livre concorrência - função regulamentar e função normativa.** In: Revista Trimestrial de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993, nº 4, p. 104-129.
- 70 GRECO, Marco Aurélio. **Notas para uma sistematização da intervenção do Estado na ordem econômica.** In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, nº 49-50, p. 272-283.
- 71 GRINBERG, Mauro. **A concorrência entre empresas perante o Mercosul:** (enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste). In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, nº 89, p. 56-64.
- 72 GUYENOT, Jean-Pierre. **Los grupos de interés economico.** Trad. Josefina Ossorio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America (Valletta Ediciones), 1973.
- 73 HORTA, Raul Machado. **Constituição econômica e financeira.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1991, nº 111, p. 5-20.
- 74 _____. **Estudos de Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- 75 HOUSSIAUX, Jacques. **Le pouvoir de monopole.** Paris: Sirey, 1958.
- 76 HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas.** 7. ed. São Paulo: Atlas, s.d.
- 77 JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos.** Trad. Carlos Valencia Estrada. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

- 78 JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito societário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- 79 KORAH, Valentine. **Introducción al derecho y práctica de la competencia en la C.E.E.** Trad. Alejandro Fernández de Aráoz Gómez-Acebo. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.
- 80 LABARDE, Marie-Chantal B.; CANIVET, Guy. **Droit français de la concurrence**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- 81 LARANJEIRO, Carlos. **Tratado de Roma**. Coimbra: Almedina, 1993.
- 82 LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- 83 MAGALHÃES, Maria da Conceição F. **A intervenção como instrumento do bem-estar e do desenvolvimento**. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, n° 47-48, p. 289-296.
- 84 MALAURIE-VIGNAL, Marie. **Droit interne de la concurrence**. Paris: Armand Colin, 1996.
- 85 MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983.
- 86 MARINHO, Josaphat. **A ordem econômica nas Constituições brasileiras**. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, n° 19, p. 51-59.
- 87 _____. **Constituição econômica**. In: Revista de Direito Administrativo, Vozes, 1984, n° 156, p. 1-14.
- 88 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Disciplina jurídica da concorrência: repressão ao abuso de poder econômico**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: 1986, n° 612, p. 36-43.
- 89 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 90 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 91 _____. **O Estado e a ordem econômica**. In: Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, n° 62, p. 34-46.

- 92 _____. **Poder de polícia da economia e princípio da legalidade.** In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, nº 67, p. 37-46.
- 93 MILANESI, Enzo Moavero. **Antitrust e concentrazioni fra imprese nel diritto comunitario.** Milano: Giuffrè, 1992.
- 94 MONCADA, Luis S. Cabral de. **A problemática jurídica do planejamento económico.** Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- 95 _____. **Direito Económico.** Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- 96 MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Lisboa: Caminho, 1987.
- 97 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A atuação do Estado no domínio económico.** In: GENESIS Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba: GENESIS, 1994, nº 3, p. 681-701.
- 98 NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- 99 NOGUEIRA, Mário Roberto Villanova. **Conceito de "underselling" ("dumping") dentro do anteprojeto da nova lei antitruste.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1990, nº 107, p. 181-194.
- 100 NUOVO DIZIONARIO GIURIDICO. 3. ed. Napoli: Esselibri-Simone, 1994. Verbete "monopólio", p. 1004 e 1005.
- 101 NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Económico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 102 OTAMENDI, Jorge. **Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.
- 103 PATRÍCIO, J. Simões. **Direito da concorrência: aspectos gerais.** Lisboa: Gradiva, 1982.
- 104 PINA, Rafael; PINA VARA, Rafael. **Dicionário de Derecho.** México: Editorial Porrúa, 1995. Verbete "abuso", p. 19.
- 105 PLENDER, Richard. **Plender and Usher's cases and materials on the law of the European Communities.** London: Butterworths, 1989.

- 106 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo VI. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- 107 RAMOS, J. Saulo. **Empresa estatal e abuso de poder econômico (parecer)**. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, n° 93, p. 95-101.
- 108 REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- 109 REYES ORIBE, Aníbal M.; IRAOLA, Francisco J. **Defensa de la competencia: síntesis del sistema argentino actual y proyectos de reforma**. In: Revista del Derecho Industrial. Buenos Aires: Depalma, 1993, n° 43, p. 3-16.
- 110 RIPERT, Georges. **Aspects juridiques du capitalisme moderne**. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.
- 111 _____. **O regimen democrático e o Direito Civil moderno**. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.
- 112 ROCHA, João Luiz Coelho da. **Alguns aspectos históricos da lei antitruste (Lei 8.884/94)**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n° 97, p. 108-113.
- 113 ROSE, F. D. **Blackstone's statutes on Commercial and Consumer Law**. 5. ed. London: Blackstone, 1996.
- 114 ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 1987.
- 115 SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 1991.
- 116 SAYEG, Ricardo H. **Práticas comerciais abusivas: monopólio x consumo. Abuso do poder econômico. Responsabilidade civil e penal. Doutrina e legislação**. Bauru: EDIPRO, 1995.
- 117 SCHUARTZ, Luís Fernando. **Abuso de poder econômico e (i)legitimidade**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n° 95, p. 57-63.

- 118 _____. **Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro.** In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, nº 94, p. 13-27.
- 119 SERENS, M. Nogueira; MAIA, Pedro. **Legislação comunitária e nacional de defesa da concorrência.** Coimbra: Almedina, 1994.
- 120 SINGLETON, E. Susan. **Introduction to competition law.** London: Pitman Publishing, 1992.
- 121 SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações.** Trad. Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: Ediouro, [S.d.].
- 122 SODRÉ FILHO, Antonio C. de Azevedo; ZACLIS, Lionel. **Comentários à legislação antitruste: direito Econômico. Defesa da livre concorrência.** São Paulo: Atlas, 1992.
- 123 SORIANO, Miguel Virgos. **El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal.** Madrid: Civitas, 1993.
- 124 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **A nova lei antitruste brasileira: críticas e sugestões.** In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, nº 84, p. 75-82.
- 125 SOUZA, Washington Peluso Albino de. **O regime jurídico da "concentração" de empresas.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1978, nº 58, p. 77-92.
- 126 _____. **Primeiras linhas de Direito Econômico.** 3. ed. São Paulo: LTR, 1994.
- 127 _____. **Repressão ao abuso do poder econômico e direitos humanos.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1991, nº 112, p. 187-202.
- 128 VARELA, João de Matos Antunes. **O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro.** In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1982, nº 1, p. 37-59.
- 129 _____. **Das obrigações em geral.** Vol. I. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

- 130 VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- 131 _____. **Nova legislação antitruste brasileira**: aspectos regulamentares e institucionais. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1994, nº 124, p. 51-74.
- 132 VAZ, Manuel Afonso. **Direito Económico**: a ordem económica portuguesa. 2. ed. rev. e actual. Coimbra Editora, 1990.
- 133 VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- 134 VON MISES, Ludwig. **Liberalismo**: segundo a tradição clássica. Trad. Haydn Coutinho Pimenta. Rio de Janeiro: José Olympio, 1982.
- 135 _____. **Uma crítica ao intervencionismo**. Trad. Arlette Franco. Rio de Janeiro: Editorial Nórdica, 1987.
- 136 WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 1. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.
- 137 ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.