

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Regina Tamami Hirose

**Direito antitruste e controle dos atos de concentração de
empresas na era da globalização econômica**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2013

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Regina Tamami Hirose

**Direito antitruste e controle dos atos de concentração
de empresas na era da globalização econômica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Roberto Husek.

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha família e aos meus amigos, com amor, apreço e carinho. Por me apoiarem e me compreenderem nos momentos em que tive de me ausentar devido aos estudos.

"Pouco conhecimento faz com que as pessoas se sintam orgulhosas. Muito conhecimento, que se sintam humildes. É assim que as espigas sem grãos erguem desdenhosamente a cabeça para o Céu, enquanto que as cheias as baixam para a terra, sua mãe."

(Leonardo da Vinci)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser a força superior que dá vida a minha alma, sinalizando, dia após dia, que sou protegida, inspirada e guiada pela sua presença divina em todos os momentos.

Ao meu brilhante orientador Professor Dr. Carlos Roberto Husek, minha eterna gratidão, por ser um mestre especial que sabe dividir, somar e multiplicar conhecimento e por ter me incentivado a prosseguir a caminhada no programa de mestrado com sábias e motivadoras palavras que muito me marcaram e me emocionaram.

Ao Dr. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Procurador-Geral da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, por ter me recebido gentilmente em Brasília para profícua e produtiva troca de ideias sobre Direito Antitruste.

Ao meu valoroso amigo Dr. Roberto Inácio de Moraes, por ter me recepcionado com imensa disposição e extrema boa vontade na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, em Brasília, contribuindo com relevantes considerações e rico material para os meus estudos.

Aos meus queridos e amados pais Yoshiaki (*in memoriam*) e Chieko, por terem me orientado e educado com muito amor e carinho, torcendo pelas minhas vitórias e, sobretudo, mostrando-me o quanto é importante saber viver com fé e superar os desafios com sabedoria, ponderação e equilíbrio.

Ao meu grande amor Miguel e aos meus queridos irmãos Roberto, Lúcia e Cláudio, por sempre estarem ao meu lado de forma incondicional e por saberem o significado de suas vidas em minha vida e o significado deste trabalho em nossas vidas.

RESUMO

A tônica do presente trabalho gira em torno dos efeitos gerados pelo crescente fenômeno da globalização econômica no campo do Direito Antitruste, notadamente quanto aos atos de concentração de empresas, visto que esse tema tem sido, frequentemente, alvo de debates nos fóruns internacionais, com consequências em diversos ordenamentos jurídicos ora vigentes. Com efeito, os atos de concentração de empresas têm sido objeto de estudos e pesquisas em diversos países participantes das relações econômicas e comerciais no plano internacional, de modo que se procurou, neste trabalho, vincular o assunto em pauta com os efeitos decorrentes da economia globalizada, traçando um panorama das tentativas de uniformização multilateral das leis antitruste e da realidade vivenciada no âmbito de acordos regionais e bilaterais. No que respeita especificamente ao Brasil, procurou-se pinçar e comentar os principais pontos da Lei nº 12.529/2012, o novo diploma antitruste, e a evolução da matéria ao longo das últimas décadas, sem perder de vista a atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e os desdobramentos das suas decisões no controle das operações de concentração de empresas.

Palavras-chaves: globalização; direito antitruste; atos de concentração.

ABSTRACT

This paper core is the increasing economic globalization effects on the Antitrust Law industry, specially concerning to the firms concentration acts, since this issue has been often debated in international forums, with consequences to various law systems. In fact, many members states of economic and trading relationship have been studying the firms concentration acts so that this paper seeks for linking it to the globalized economy effects, as well drawing up a multilateral attempts panorama of the laws antitrust and the regional and bilateral agreements scope. Regarding to Brazil, this paper gathered and comment the most important points of Law 12.529/2012, a new antitrust code, and the evolution matter on last decades, without losing sight of the CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) functioning and the consequences of its decision on the firms concentration control operations.

Keywords: globalization; antitrust law; concentration acts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 MERCADO E CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA	13
1.1 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS – ASPECTOS FUNDAMENTAIS.....	13
1.1.1 Conceituação	13
1.1.2 Razões que fundamentam a concentração de empresas	16
1.2 TIPOS DE ESTRUTURA DE MERCADO, CONFORME O GRAU DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA	19
1.2.1 Noções de mercado relevante e de poder de mercado.....	19
1.2.2 Mercados perfeitamente competitivos.....	26
1.2.3 Mercados imperfeitamente competitivos	28
1.2.4 Mercados oligopolizados.....	30
1.2.5 Mercados monopolizados	33
1.2.6 Relações entre estrutura, conduta e desempenho dos mercados	36
1.3 CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS E SUA CLASSIFICAÇÃO.....	40
1.3.1 Concentrações horizontais.....	40
1.3.2 Concentrações verticais	42
1.3.3 Concentrações conglomeradas.....	45
1.3.4 Acordo de cooperação entre empresas	48
2 DIREITO E CONTROLE DA ESTRUTURA DE MERCADO.....	52
2.1 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA COMO FALHA DE MERCADO	52
2.2 LEIS ANTITRUSTE E INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	54

3	PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS.....	64
3.1	PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E DIREITO DE PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA.....	64
3.1.1	Livre-iniciativa	69
3.1.2	Livre-concorrência.....	71
3.1.3	Função social da propriedade	73
3.1.4	Defesa dos consumidores.....	77
3.1.5	Repressão ao abuso de poder econômico.....	81
3.2	EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	84
3.3	SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC À LUZ DA LEI Nº 12.529/2011	88
3.4	ATUAÇÃO DO CADE E CRITÉRIOS DE CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS	94
4	CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA	113
4.1	FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA	113
4.2	GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	120
4.2.1	Aplicação extraterritorial de leis antitruste.....	121
4.2.2	Uniformização de leis antitruste e acordos de cooperação internacional	127
4.2.2.1	Esforços de uniformização no plano multilateral.....	128
4.2.2.2	Regramento no plano regional.....	136
4.2.2.3	Acordos bilaterais de cooperação.....	141
4.3	CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA.....	147
	CONCLUSÃO.....	153
	REFERÊNCIAS.....	155

INTRODUÇÃO

O trabalho em pauta teve como principal objetivo focar os atos de concentração de empresas nos cenários nacional e internacional, mormente em virtude da intensificação do fenômeno da globalização econômica.

O direcionamento da pesquisa deu-se a partir de análise da legislação antitruste e de leituras de recentes trabalhos desenvolvidos e aperfeiçoados por uma nova geração de juristas brasileiros, que, enfeixando os conhecimentos e os conceitos das Ciências Econômicas com os das Ciências Jurídicas, têm empreendido fecundos e aprofundados estudos no ramo do Direito Antitruste.

Com efeito, é vasto o campo de abrangência do Direito Concorrencial, de modo que se procurou pinçar alguns pontos principais do Direito Antitruste, examinando com maior ênfase os atos de concentração de empresas no Brasil e na órbita internacional, levando em consideração, como pano de fundo e como força motriz de crescentes mudanças, a economia globalizada.

No primeiro capítulo procurou-se retratar o conceito e as razões que fundamentam os atos de concentração, levando em consideração os tipos de estruturas de mercado, conforme o grau de concentração econômica.

No segundo capítulo, por sua vez, focalizou-se o Direito e o controle da estrutura de mercado, partindo-se do pressuposto de que a concentração de empresas é uma falha de mercado e que, a partir daí, há maior intervenção do Estado no domínio econômico com o objetivo de equilibrar a relação “estrutura-conduta” das empresas.

Na sequência, no terceiro capítulo, buscou-se trazer a lume a disciplina jurídica dos atos de concentração à vista dos princípios regentes da ordem

econômica, alinhando comentários acerca da evolução do Direito Concorrencial no Brasil, da normatização dos atos de concentração no ordenamento pátrio e da atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica no controle dos atos de concentração de empresas.

Por derradeiro, no quarto e último capítulo, delineou-se um panorama do fenômeno da globalização econômica e os efeitos diretamente irradiados em matéria de concorrência. Diversos temas de Direito Concorrencial têm chamado a atenção dos partícipes do comércio internacional, de sorte que se buscou noticiar os recentes debates ocorridos em fóruns internacionais, as tentativas de uniformização no plano multilateral, os avanços do regramento no plano regional e os acordos bilaterais de cooperação, que, essencialmente, buscam estabelecer regras mínimas e básicas para regular a matéria antitruste, no sentido de mitigar efeitos lesivos decorrentes de práticas anticoncorrenciais e excessivamente protecionistas.

1

MERCADO E CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA**1.1 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS – ASPECTOS FUNDAMENTAIS****1.1.1 Conceituação**

O estudo da concentração de empresas envolve a análise de conceitos econômicos e jurídicos. Sob o enfoque jurídico, o fenômeno concentracionista tem concepção mais ampla, abrangente de todo o movimento de formação de unidades econômicas, incluindo tanto as operações de crescimento das empresas (sucursalismo ou fusão), assim como as operações de integração radical (grupos) ou de integração mais flexível (uniões), o que torna mais complexa e difícil a classificação do fenômeno. Sob o prisma econômico, pode-se entender que há concentração sempre que houver liames econômicos entre as empresas, pois acarreta uma unidade econômica, maior ou menor, mais ou menos completa, consoante o grau desses liames.¹

Ana Maria Nusdeo, ao centrar foco sobre o tema, preleciona que um ato ou contrato pode caracterizar uma operação de concentração de empresas quando os partícipes, que antes atuavam como centros autônomos de decisão, passam a agir, do ponto de vista econômico, como um único agente em todo o conjunto de suas atividades, de forma permanente. Os atos de concentração não se confundem com cooperação empresarial, visto que, nesta segunda situação, a unidade do comando

¹ BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 49-50.

diz respeito a determinados comportamentos no mercado, não abrangendo a totalidade das atividades.²

Tendo realizado reconhecido estudo sobre os fundamentos do antitruste, Paula Forgioni assinala que:

“...no campo antitruste, o termo ‘concentração’ vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado. A mais comum liga-se a situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia, como nas operações de fusão, incorporação etc. Há, também, concentração quando se dá a constituição de nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado ou quando uma empresa adquire ativos ou parcela do patrimônio de outra.”³

É ampla a gama das possíveis formas jurídicas de que podem se revestir as operações de concentração de empresas, de modo que o seu controle exige o uso de conceitos amplos e abrangentes, definindo antes o caráter econômico das operações do que o aspecto societário. Nesse contexto, a doutrina antitruste, sobretudo da Alemanha e da Comunidade Europeia, desenvolveu os conceitos de “influência dominante” e de “influência relevante do ponto de vista concorrencial”.

No campo do direito da concorrência, a influência dominante é identificada com o poder de influir na condução e no planejamento dos negócios de outra empresa, o que dispensa a existência de uma participação majoritária ou societária no capital dessa última. A utilização do aludido conceito tem por objetivo a ampliação do controle sobre as operações nas quais não decorrem participações na maioria do capital do outro agente econômico, mas pelas quais, mesmo assim, o poder titulado pelo detentor de posições minoritárias ou contratuais seja suficiente ao exercício da influência dominante nos negócios sociais da empresa.⁴

² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22-23.

³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 395-396.

⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 22.

Calixto Salomão Filho ressalta que a expressão “influência dominante”, quando utilizada no direito concorrencial, não coincide perfeitamente com a noção societária, seja no tocante ao significado ou em relação à extensão, porquanto há diferença de objetivos entre os dois sistemas. O direito concorrencial não se preocupa, como o direito societário, com atos que possam implicar disposição patrimonial ou transferência patrimonial de qualquer espécie da sociedade. Vale dizer, sua preocupação não é a sociedade “controlada”, mas sim os efeitos da dominação societária sobre o mercado. O seu objeto de interesse é, assim, apenas a possibilidade de influenciar o comportamento da empresa no mercado.⁵

A influência dominante pode ser de caráter societário ou contratual. No primeiro caso haverá o poder de influência se houver participação majoritária ou minoritária revestida dos requisitos legais necessários para fazer presumir a permanência do poder, como ocorre, por exemplo, quando há acordo de acionistas conferindo ao minoritário o direito de deliberar sobre áreas de suma importância na administração ou nomear e destituir diretores das pastas-chave na empresa. O segundo caso diz respeito à existência de contratos que atribuam ao seu titular, mesmo se não acionista da empresa, o poder de geri-la ou prerrogativa de eleger membros da administração, tal como ocorre, por exemplo, quanto aos direitos do credor decorrentes de um contrato de empréstimo, no qual o mutuante recebe as ações do bloco controlador em caução, bem como ocorre no contrato de franquia, no qual o concedente do uso da marca ou sinal de propaganda pode estipular o direito de controlar as especificações e qualidades dos respectivos produtos ou serviços.

Por sua vez, o conceito de influência relevante do ponto de vista concorrencial serve para identificar os casos de influência menos aberta, não conduzindo à conclusão de estarem as empresas concentradas, mas simplesmente numa posição de interdependência, da qual decorre um possível comportamento de cooperação entre os agentes econômicos envolvidos.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 282-283.

Os casos mais típicos desse tipo de influência relevante vêm a ser a existência de poder de veto por minorias em matérias cruciais à administração da sociedade, a existência de participação expressiva no capital não votante da empresa ou a existência de sociedades com a prerrogativa de coordenação de outras, os chamados grupos de coordenação. Nessas três situações, a conformação de poderes societários e o interesse dos titulares desses poderes impõem a pressuposição de que a administração da empresa não será conduzida de forma independente do interesse dos titulares de tais prerrogativas em outras sociedades, com ela concorrentes ou relacionadas verticalmente.

Os conceitos de influência dominante e influência relevante permitem ao direito antitruste o controle sobre situações nas quais ocorra a concentração de agentes econômicos anteriormente autônomos ou, ainda, sobre operações das quais decorra uma situação de interdependência tal, que se possa pressupor uma conduta cooperativa, antes do que concorrencial, entre empresas independentes.⁶

1.1.2 Razões que fundamentam a concentração de empresas

Diversas são as razões que explicam o crescimento de concentração de empresas, variando conforme o contexto socioeconômico de cada país num determinado momento histórico.⁷

Ao direito antitruste são importantes os efeitos das concentrações sobre o mercado, e não propriamente as causas pessoais ou institucionais dos seus participantes, uma vez que as concentrações motivadas por intuítos anticoncorrenciais, pelas quais se busca a aquisição de uma posição de monopólio

⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 24.

⁷ Beatriz Gontijo de Brito afirma que, em geral, entre os fatores que estimulam a concentração de empresas, podem ser elencados a racionalização dos processos de produção e distribuição, os custos financeiros da inovação tecnológica para manter e melhorar a competitividade da própria empresa e a necessidade de acompanhamento do aumento da demanda frente a uma progressiva urbanização. (*Concentração de empresas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 107-108).

ou de grande parcela de poder de mercado, normalmente tendem a produzir efeitos nocivos à concorrência.⁸

Por mercado, na acepção econômica, entende-se “um local ou contexto em que compradores (que compõem o lado da procura) e vendedores (que compõem o lado da oferta) de bens, serviços ou recursos estabelecem contatos e realizam transações.” Os mercados estão no centro da atividade econômica, motivo pelo qual muitos temas importantes em economia guardam relação direta com o funcionamento desses mercados.⁹⁻¹⁰

Segundo Ana Maria Nusdeo, há concentrações que são benéficas ao mercado e outras que são prejudiciais.¹¹ Entre os objetivos caracterizados como benéficos ao mercado destacam-se a realização de economias de escala e obtenção de maior eficiência na produção ou administração dos recursos produtivos. Destarte, a possibilidade de redução do custo de produção de bens e serviços e o aumento da capacidade de investimento para a racionalização da produção, desenvolvimento de novas técnicas, inovação do produto e maior capacidade

⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 25.

⁹ PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. *Princípios de economia*. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 16-17.

¹⁰ Carlos Roberto Martins Passos e Otto Nogami observam que, para fins de análise econômica, o conceito de mercado não pressupõe, necessariamente, a existência de um lugar geográfico em que as transações se realizam, porque, na realidade, as mercadorias podem ser vendidas pelos mais diversos meios, como, por exemplo, em lojas, feiras, bolsas de valores, etc. Nesse sentido, basta que compradores e vendedores de qualquer bem ou serviço interajam para a efetivação das transações de compra e venda. (*Princípios de economia*, p. 17).

¹¹ No entender da autora, “As razões que podem ser vistas como prejudiciais à concorrência dizem respeito, sobretudo, à intenção de domínio de mercados, nos quais a compra de concorrentes tem por fim sua eliminação e a possibilidade, ao agente remanescente, de os explorar, na forma da redução da produção e do aumento de preços ou através de qualquer tipo de abuso. Além disso, algumas vezes a compra de ações de empresas decorre do mero interesse pessoal dos administradores em se fazerem contratar por empresa de maior porte e sem qualquer preocupação com o aumento da eficiência de suas empregadoras. Finalmente, algumas operações têm a finalidade única de especulação com o valor das ações de companhias envolvidas, sem consideração a questões de ordem produtiva ou mercadológica.” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 26).

competitiva internacional têm sido apresentadas como principais justificativas em operações de concentração.¹²

Nesse ponto, é oportuno mencionar que Fábio Nusdeo identifica o progresso tecnológico como um dos fatores que estimula o processo de concentração econômica, na medida em que acarreta uma proporção cada vez maior dos custos fixos, tornando, por conseguinte, muito elevados os investimentos para os potenciais competidores. Os avanços da informática contribuem igualmente para a referida concentração, especialmente nos setores bancários e nos mercados financeiros, conforme se verificou nas megafusões de instituições financeiras ocorridas nas últimas décadas.¹³

Outras concentrações se têm justificado pela maior facilidade e rapidez na expansão da empresa ou entrada em um novo mercado. Nessas situações, a opção mais benéfica à economia é a entrada ou a expansão independente desse agente de mercado, ao invés da aquisição e eliminação de um concorrente. Todavia, geralmente os custos de aquisição de um agente já instalado no mercado são inferiores aos da entrada independente e, assim, não há como se presumir que na impossibilidade da compra o novo agente se disponha ao alto investimento implicado na entrada. Desse modo, se não for eliminada concorrência substancial no mercado, a operação de compra pode gerar efeitos positivos, dinamizando a competição e a inovação do segmento envolvido.

¹² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 25.

¹³ Além do progresso tecnológico, Fábio Nusdeo relaciona também, entre os fatores que favorecem a concentração econômica, a possibilidade de discriminação de mercados e de diferenciação de produtos, pois, quanto maior for essa possibilidade, mais viscosa tende a ser a procura (procura cativa) e mais compartimentado o mercado. Ainda, como outra causa da concentração, o autor menciona a estrutura favorável de custos para certas empresas, como, por exemplo, marcas de fábricas, processo de fabricação exclusivo, acesso a fontes privilegiadas de fornecimento de matérias-primas, etc. Por fim, o jurista faz referência à escassez de espírito empresarial, visto que, quanto menor for o espírito de iniciativa dos integrantes de uma comunidade e maior a aversão ao risco, haverá mais tendência de crescer o número de unidades ou setores a serem explorados por aqueles revestidos desse espírito empresarial, estimulando-se, dessa forma, a concentração econômica. (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 278-279).

É relevante assinalar, também, que a venda de uma empresa pode ser motivada por outros fatores como o desejo de um empresário de se retirar do negócio, sobretudo em empresas familiares, e até por razões defensivas, tais como evitar o declínio e mesma a falência da empresa em dificuldades financeiras.

Num sentido geral, as operações de concentração traduzem um exercício do direito de livre-iniciativa, basilar à organização do sistema de mercado, e, enquanto tais, tendem a permitir o fluxo de recursos econômicos de um emprego menos eficiente para outro mais produtivo e dinâmico para a economia.

O fato de os atos de concentração produzirem, frequentemente, efeitos positivos à economia torna mais complexa sua regulação jurídica, de sorte que é salutar e importante a apreciação caso a caso, na qual os efeitos negativos à concorrência e os benefícios gerados à economia como um todo sejam devidamente sopesados, segundo os critérios estabelecidos pelas diferentes legislações de proteção à concorrência.¹⁴

1.2 TIPOS DE ESTRUTURA DE MERCADO, CONFORME O GRAU DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

1.2.1 Noções de mercado relevante e de poder de mercado

No sistema capitalista, o mercado é o grande responsável pela orientação do emprego dos recursos produtivos e, sob esse prisma, o mercado é tido como um único e enorme espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertados e procurados os mais diversos tipos de produtos. E para apurar qual o nível de concorrência e o volume de poder econômico em cada segmento, há que se delimitar o espaço econômico em que as empresas atuam. No

¹⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 26.

campo da tutela da concorrência, esse espaço econômico denomina-se mercado relevante.¹⁵

Sérgio Varella Bruna noticia que o conceito de mercado relevante teve origem no Direito norte-americano, no caso *United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co.* A *Du Pont*, uma produtora de papel celofane, foi acusada pelo Governo Americano de monopolizar o mercado de celofane, contrariando a secção segunda do *Sherman Act*.

Conforme consta na decisão em comento, durante o período abrangido pelo processo, a *Du Pont* foi responsável por aproximadamente 75% de todo o papel celofane produzido nos Estados Unidos e sua principal concorrente, uma empresa denominada *Sylvania*, teve sua participação de mercado limitada a cerca de 20% das vendas, por força de um acordo de licença de patente mantido com a própria *Du Pont*. Nesse acordo foram estabelecidos *royalties* progressivos de acordo com a escala de produção, que, virtualmente, impediam o aumento da participação da concorrente.

A *Du Pont* defendeu-se, alegando não possuir poderes monopolísticos, já que o celofane enfrentaria a concorrência de outros materiais para embalagens, tais como o papel, o alumínio e determinados tipos de plástico. Assim, o mercado a ser considerado não seria o de celofane, mas sim o de materiais flexíveis para embalagens, onde o celofane representava menos de 20% do consumo total nos Estados Unidos.

A mais alta Corte americana concluiu que o mercado relevante, para os propósitos da política antitruste, seria representado pelo mercado de materiais flexíveis para embalagens, ao invés de somente pelo mercado de papel celofane. Tendo em conta que o celofane representava apenas 20% do total dos materiais consumidos na fabricação de embalagens, a Suprema Corte entendeu que a *Du Pont* não detinha suficiente poder monopolístico, absolvendo-a da prática do delito previsto na secção segunda do *Sherman Act* (monopolização ou tentativa de monopolização de atividade). Para julgar o caso, a Suprema Corte valeu-se da análise da elasticidade cruzada da procura, que representa a razão da variação da

¹⁵ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001. p. 76.

procura por um determinado produto em proporção às variações de preço de outro produto que lhe seja concorrente. Em suma, aquela Corte entendeu que, entre o celofane e os demais materiais flexíveis para embalagens, havia suficiente possibilidade de intercâmbio, de modo que o controle que a *Du Pont* exercia sobre a oferta de celofane não lhe outorgava poder econômico excessivo sobre os preços respectivos, pois as suas atitudes estariam pautadas pela concorrência que lhe era exercida pelos demais produtores de materiais flexíveis para embalagens.¹⁶

Paula Forgioni assevera que “o mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.”¹⁷

Para Leonardo Vizeu Figueiredo, o mercado relevante é o espaço no qual dois ou mais agentes privados concorrem entre si e disputam os consumidores, valendo-se, para tanto, de instrumentos como campanhas publicitárias, pesquisa tecnológica para baratear o custo operacional e oferecer produtos de melhor qualidade, dentre outros.¹⁸

A conceituação de mercado relevante tem como objetivo a definição do espaço geográfico e material no qual a concorrência se estabelece. Devem ser incluídos no mesmo mercado todos os agentes cujos produtos sejam considerados pelos consumidores ou clientes como substitutos, de sorte que a variação no preço de um desses produtos, dentro de uma área, cause efeitos nas vendas dos produtos das outras empresas partícipes do mercado relevante em questão.¹⁹

Para mensurar o poder de mercado, é salutar que o mercado relevante esteja bem definido, especialmente porque “se o mercado relevante for definido erroneamente menor do que realmente é, o índice de concentração será maior que o verdadeiro. Se, ao contrário, a definição estiver englobando mais competidores que

¹⁶ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 77-79.

¹⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 211.

¹⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 268.

¹⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 28.

os que realmente participam do mercado relevante, o índice de concentração resultante será menor que o verdadeiro.”²⁰

Com efeito, o mercado relevante é um conceito jurídico. Em diversas passagens, a Lei nº 12.529/2011 refere-se a esse conceito, por exemplo, ao qualificar como infração à ordem econômica o ato de “dominar mercado relevante de bens ou serviços” (art. 36, II) ou ao presumir posição dominante como o controle de “20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante” (art. 36, § 2º).²¹

O ilícito antitruste está sempre relacionado a um mercado relevante. Sendo assim, só poderá ser apurado o dano concorrencial se indicado o mercado atingido, ou seja, naquele no qual a concorrência restou prejudicada.²²

Nessa toada, para a plena compreensão do que seja mercado relevante, Paula Forgioni pontifica que devem ser analisados dois aspectos complementares e indissociáveis, isto é, o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material ou mercado do produto.

O mercado relevante geográfico não pode ser determinado abstratamente, haja vista que depende da localização do agente econômico, da natureza do produto

²⁰ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 595.

²¹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 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 do *caput* deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º ... ‘omissis’...

²² FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: RT, 2007. p. 86.

e da prática que está sendo analisada. Pode ser compreendido como a área na qual o agente econômico consegue aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos: (i) perder um elevado número de clientes, que passariam a se utilizar de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área ou (ii) provocar a imediata entrada de bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares.²³

O mercado relevante material (ou do produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, levando-se em consideração o bem ou o serviço que oferece.²⁴

Nesse contexto, há que se identificar a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto que está sendo considerado para apurar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro(s). Caso a resposta seja positiva, ambos (ou todos) farão parte do mesmo mercado relevante material. Desse modo, a fungibilidade (ou intercambiabilidade) dos produtos para o consumidor faz com que integrem idêntico mercado relevante material.²⁵

Nem sempre a intercambiabilidade é fácil de ser constatada. Pode-se ter indício de que dois ou mais produtos são intercambiáveis ou fungíveis quando o aumento do preço de um deles gera o aumento da procura do(s) outro(s), configurando o fenômeno que se denomina elasticidade cruzada ou *cross elasticity*. Nessa hipótese, existe certo indicativo de que os consumidores estão dispostos a

²³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 212-213.

²⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 218.

²⁵ A respeito do tema focado, Paula Forgioni explica que produtos aparentemente semelhantes podem não fazer parte do mesmo mercado relevante, como ocorre, por exemplo, no caso de uma caneta de plástico e uma outra de metal precioso, pois, certamente, não satisfazem idêntica necessidade do consumidor e não estão em relação de concorrência. Em contrapartida, há situações em que produtos diversos são destinados a objetivos iguais, integrando um só mercado. A autora lança alguns questionamentos, tais como, por exemplo, se os flocos de milho podem ser incluídos no mesmo mercado relevante de todos os alimentos consumidos no café da manhã ou se trens e ônibus são intercambiáveis aos olhos dos consumidores. A resposta, segundo a jurista, poderá ser afirmativa se houver a conclusão de que esses produtos satisfazem necessidades semelhantes dos consumidores e que estes estão dispostos a considerá-los fungíveis. (*Os fundamentos do antitruste*, p. 218).

substituir um bem pelo outro, denotando, assim, que ambos os produtos estão numa relação de concorrência e integram o mesmo mercado relevante material.²⁶

Sem dúvida, a análise do mercado relevante liga-se intrinsecamente à configuração do poder econômico, na medida em que o ponto-chave na delimitação do mercado se assenta na reação de concorrentes e consumidores ao aumento ou redução dos preços de um dos agentes, ou seja, o seu poder de influenciar os preços. Esse método de delimitação de mercado leva em consideração a análise, elaborada pela ciência econômica, da elasticidade cruzada da procura, que “estuda o efeito e as relações proporcionais entre a alteração no preço de um determinado produto e a venda de um segundo produto.”²⁷

De acordo com Luiz Carlos Barnabé de Almeida, a elasticidade-preço é de larga utilização na esfera do direito antitruste, sendo importante para aferir como será gerada a receita por um determinado bem com o aumento ou a redução de seu preço ou do preço relativo.²⁸

Entre os principais fatores determinantes da elasticidade-preço da procura, podem ser enumerados a essencialidade do produto, os hábitos, a substitutibilidade, a periodicidade de aquisição e a importância no orçamento.²⁹

Nos dizeres de Ana Maria Nusdeo, o poder de mercado

“...é definido a partir da capacidade do agente de aumentar substancialmente os preços de seus produtos de modo a maximizar seus lucros, por um certo período de tempo. A existência dessa possibilidade não significa ser sempre uma conduta adotada, pois o agente pode optar pela redução predatória de preços para afastar a concorrência.”³⁰

²⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 219.

²⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 28.

²⁸ ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

²⁹ ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao direito econômico*, p. 175.

³⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 28.

Em sua acepção clássica, o poder consiste na possibilidade de alguém impor sua vontade sobre o comportamento de outros. O poder econômico, enquanto manifestação de poder, é a possibilidade que tem um agente de tomar certa decisão econômica independente, frente a determinadas circunstâncias, tais como a fixação de preços ou a escolha do volume de trabalho, e de se impor sobre os concorrentes. Consiste em posição de força, opção negocial autônoma, passível muitas vezes de acarretar atuação monopolística da empresa detentora do poder de mercado.³¹

Em outros dizeres, o poder de mercado pode ser prejudicial quando as empresas, como no caso dos monopólios, passam a estabelecer preços abusivos e adotam práticas desleais com os concorrentes, bem como em situações em que há a cooperação entre empresas no estabelecimento de preços, dando margem à formação dos chamados cartéis de preços.³²

A identificação do mercado relevante é ato prévio e indispensável à correta análise antitruste, pois o mercado relevante é o contexto onde se manifesta o poder econômico e, havendo errônea avaliação do primeiro, certamente haverá erro também quando da avaliação do segundo.³³

Conquanto a análise do poder econômico em relação a um dado mercado relevante demonstre que a possibilidade de seu domínio não depende apenas do grau de concentração de sua estrutura, esse aspecto não deixa de ter importância na análise da concorrência em mercados específicos. O estudo da concentração de mercados é realizado por meio de modelos descritivos dos tipos de mercado, levando em consideração a quantidade de seus agentes participantes e as características prováveis de seu funcionamento.

Consoante o grau de concentração dos agentes econômicos, os principais modelos de organização de mercados são: (i) o mercado perfeitamente competitivo,

³¹ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 38.

³² GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*, p. 590.

³³ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 83.

(ii) o mercado imperfeitamente competitivo, (iii) o mercado oligopolizado e (iv) o mercado monopolizado.³⁴

1.2.2 Mercados perfeitamente competitivos

A análise do modelo de concorrência perfeita deve se dar com ressalvas, pois se encontra distante da realidade prática do mercado. Trata-se de um modelo teórico e ideal, ou seja, constitui mais uma abstração teórica explicativa do funcionamento dos mercados e do comportamento dos agentes em regime de concorrência pura, do que propriamente uma descrição da realidade.³⁵ A sua análise faz-se mais com o objetivo de obter um parâmetro, um elemento de comparação, do que o de fornecer explicação sobre fatos existentes na vida real.³⁶

Trata-se de um modelo útil enquanto retrata as condições ideais de funcionamento de uma economia de mercado, permitindo elaborar um padrão de referência para a apreciação e a análise de situações concretas. Na ciência econômica, a concorrência perfeita representa “o que o vácuo ou a ausência de atrito representam na física, isto é, situações teóricas cujo conhecimento revela-se necessário para melhor apreensão do que se passa na prática.”³⁷

Ricardo Thomazinho Cunha assevera que as principais condições de existência da concorrência perfeita são: (i) grande número de compradores e vendedores; (ii) a quantidade relativa dos produtos do mercado adquirida por um comprador ou alienada por um vendedor é extremamente pequena em relação ao volume total negociado, sendo que mudanças nessas quantidades não afetam o preço; (iii) todos os compradores e vendedores têm perfeita informação sobre os

³⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 31-32.

³⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 32.

³⁶ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 26.

³⁷ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 267.

preços no mercado e a natureza dos bens vendidos; (iv) o produto é homogêneo, não havendo motivo para qualquer comprador preferir determinado vendedor em particular e vice-versa; (v) a ampla mobilidade dos fatores de produção; (vi) a ausência de economias de escala; (vii) e a inexistência de economias externas.³⁸

Ana Maria Nusdeo entende que, entre as condições que definem o mercado perfeitamente competitivo, a principal é a existência de um grande número de produtores e de compradores, todos eles pequenos em relação ao todo e, assim, incapazes de afetar, a partir de suas decisões individuais, o preço do bem ou serviço e a conduta dos outros concorrentes. Nesse cenário, nenhuma empresa poderia individualmente aumentar o preço do bem, pois isso resultaria na queda de suas vendas, ou abaixar o preço substancialmente, já que sofreria prejuízos diante de seus custos de produção. Além disso, nenhum dos produtores poderia tentar reduzir unilateralmente sua oferta, já que a parcela não vendida seria facilmente suprida pelos concorrentes. O preço, por sua vez, é determinado pela interação entre oferta e procura totais do mercado, isto é, aumentando a oferta cai o preço e vice-versa.³⁹

Fábio Nusdeo pronuncia que, na concorrência perfeita, o consumidor é rei, haja vista que todo o aparato produtivo se expandirá ou se retrairá em virtude do que o consumidor decidir (princípio da soberania do consumidor).⁴⁰

Apesar dos grandes benefícios políticos e econômicos, o modelo de concorrência perfeita dificilmente ocorre na realidade,⁴¹ visto que o mercado apresenta, normalmente, características que violam as condições estruturais desse

³⁸ CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*. São Paulo: Manole, 2003. p. 18.

³⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 32.

⁴⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 268.

⁴¹ Fábio Nusdeo pontifica que, embora a concorrência perfeita em sua pureza constitua um modelo abstrato, alguns mercados da vida real se aproximam bastante desse regime quanto às suas características básicas. Cita, como exemplo, a feira livre, na qual se verificam a homogeneidade dos produtos nela negociados, a atomização do mercado do qual nenhum vendedor ou comprador detém uma parcela suficientemente relevante a ponto de lhe permitir influenciar o preço, o acesso imediato às importantes informações e assim por diante. (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 268).

modelo, gerando vários tipos diferentes de mercados vendedores. Em vez de inúmeros vendedores, poderá haver apenas alguns, ou mesmo um.⁴²

Embora o modelo de mercado perfeitamente competitivo pareça o ideal a ser perseguido pela legislação e política antitruste, na medida permitida pela realidade dos mercados, sobretudo no tocante a economias de escala, a doutrina aponta a sua incapacidade de geração de inovações substanciais na produção.⁴³

No regime ora enfocado, não se poderia verificar um processo de desenvolvimento permanente, pois, diante da tendência a zero do lucro dos empresários, não haveria recursos para investimentos em técnicas e equipamentos. O lucro, na realidade, surge como consequência de alguma imperfeição do mercado e, sendo excedente, inclusive decorrente do fator de risco, é apropriado pelos empresários, que o canalizam para novos investimentos, que, por seu turno, geram novos produtos e novos empregos.⁴⁴

1.2.3 Mercados imperfeitamente competitivos

Em alguns mercados, ainda que exista competição entre os diversos produtores e entre os compradores, as condições de concorrência não são ideais, inexistindo todos os requisitos necessários à definição dos mercados perfeitamente competitivos. Dentro desse contexto encontram-se os chamados mercados de concorrência imperfeita ou de concorrência monopolística.

⁴² CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*, p. 19.

⁴³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 34-35.

⁴⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 268.

São mercados em que os produtores conseguem diferenciar seus produtos daqueles oferecidos pelos seus concorrentes, de modo a cativar os consumidores. Quando tal ocorre por meio de publicidade, criação de faixas de qualidade e de nichos de mercado distintos e de técnicas comerciais destinadas a manter cativos os clientes, rompem-se os pressupostos de homogeneidade dos produtos e, de certa forma, da informação total dos agentes de mercado, pois com sua segmentação é mais difícil aos consumidores e concorrentes manter-se a par de detalhes sobre preços, qualidades e condições de negociação.⁴⁵

Em outras palavras, nesse regime em comento, há um número expressivo de compradores e vendedores. Todavia, caem por terra os demais requisitos da concorrência perfeita, especialmente o da homogeneidade dos produtos negociados no mercado e o da sua atomização. A procura não se apresenta fluida, mas sim viscosa, uma vez que certos consumidores ficam atrelados a determinados fornecedores, seja em razão da localização física, seja em virtude da publicidade, seja por qualquer outro motivo.⁴⁶

Havendo diferenciação dos produtos, o mercado afasta-se do modelo de concorrência pura e vai se aproximando do monopólio, segundo o maior ou menor grau de diferenciação. Cada produtor tende a ser um monopolista em relação à sua própria variedade de produto, embora sujeito à concorrência de produtos sucedâneos, mais ou menos perfeitos. A sua curva de oferta individual será mais elástica do que em concorrência pura, de forma que, em maior ou menor grau, poderá ele influir sobre a quantidade vendida de acordo com a sua política de preços individual. Assim, é ele um monopolista em concorrência, configurando o modelo conhecido como concorrência monopolística.⁴⁷

A diferenciação dos produtos e a criação de uma rede de clientes e consumidores cativos atribuem ao produtor um poder de mercado superior àquele que ele teria se seus produtos competissem mais efetivamente com os de seus

⁴⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 34-35.

⁴⁶ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 269.

⁴⁷ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 38.

concorrentes. Pode haver domínio de mercados se os detentores das marcas principais se valerem de práticas abusivas para manter seu mercado.

No regime de concorrência monopolística,⁴⁸ embora não se constitua um monopólio e nem mesmo um oligopólio, a diferenciação dos produtos por ele propiciada leva o mercado a não ser, na realidade, um único, mas a se segmentar em diversos compartimentos, dentro dos quais os vendedores detêm alguma parcela de poder monopolístico, sobretudo em virtude da baixa elasticidade da procura em cada um desses compartimentos.⁴⁹

1.2.4 Mercados oligopolizados

No oligopólio, cujo termo vem do grego *oligos* (poucos) e *polein* (vender), a oferta está concentrada nas mãos de poucos.⁵⁰

Há um número reduzido de produtores num determinado mercado relevante ou, ainda, há um número reduzido de produtores de grande porte, coexistindo com concorrentes bem menores, sem condições de alterar as condições do mercado. A existência de poucos concorrentes propicia a prática do cartel, com a finalidade de aumento dos lucros de todos eles.⁵¹

Havendo a formação de cartel⁵² com a participação de todos os ofertantes, os efeitos produzidos serão similares ao monopólio, ou seja, como se um só produtor

⁴⁸ Fábio Nusdeo observa que, quanto mais imperfeita se apresentar a concorrência, mais difícil será a interligação entre os compartimentos do mercado, sendo que, em cada um deles, os vendedores estarão numa posição muito próxima à de um monopolista. A possibilidade competitiva dentro de cada segmento se torna muito remota, razão pela qual esse regime é também chamado de concorrência monopolística. (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 271).

⁴⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 35.

⁵⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 271.

⁵¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 36.

⁵² De acordo com Amaury Patrick Gremaud, Marco Antônio Sandoval de Vasconcellos e Rudinei Toneto Júnior, na formação de cartel há “práticas conjuntas entre concorrentes para a fixação de preços, quantidades produzidas, divisão do mercado consumidor, divisão territorial, adoção

oferecesse o produto por intermédio de suas várias filiais. O modelo de formação de preços seguiria, dessa forma, o modelo do monopólio, com algumas pequenas alterações no tocante à instabilidade do equilíbrio.⁵³

A estrutura de mercado oligopolista permite estabelecer conduta restritiva à concorrência chamada de comportamento interdependente por meio do qual os agentes restringem sua produção com o fito de chegar a um preço de mercado próximo ao que seria fixado por um monopolista. A conduta de cada um dos concorrentes leva em conta a dos demais e, assim, a decisão de um deles de aumentar o preço pressupõe que os demais irão entender seu interesse comum na alta e acompanhar o líder. A redução de preço também tende a ser acompanhada.

No que concerne ao comportamento interdependente em mercados oligopolizados, a doutrina antitruste toma por base o modelo comportamental da chamada teoria dos jogos, que indica a estratégia racional de cada um dos agentes em função do comportamento provável dos demais concorrentes.⁵⁴ De fato, cada oligopolista estará numa situação similar à do jogador que precisa saber qual o próximo lance dos outros competidores, mas não tem como fazê-lo.⁵⁵

O moderno desenvolvimento a partir da teoria dos jogos demonstra que o comportamento dos participantes não é totalmente previsível.

No ano de 1950, em trabalho que lhe valeu o prêmio Nobel de Economia, John Nash generalizou a teoria dos jogos, definindo o que é atualmente conhecido como *Nash Equilibrium*. Calixto Salomão Filho explicita que:

“...nessa situação de equilíbrio, a estratégia de cada um dos jogadores deve ser a melhor resposta para a estratégia do outro. Em outras palavras, isso significa que a combinação de estratégias que serão presumivelmente

de postura preestabelecida em licitação pública etc.” Os cartéis acarretam o aumento dos preços e a diminuição da oferta de produtos, configurando grave abuso de poder econômico. (*Economia brasileira contemporânea*, p. 593).

⁵³ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 44.

⁵⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 36-37.

⁵⁵ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 272.

adotadas pelos jogadores é aquela em que nenhum jogador poderia ter melhor resultado adotando outra estratégia, tendo em vista o comportamento do outro jogador.”⁵⁶

A análise da teoria dos jogos é útil para demonstrar que a estrutura do oligopólio pode conduzir o preço, por meio de comportamentos estratégicos, a níveis mais elevados do que o preço puramente concorrencial, alcançando patamares que podem aproximar-se do preço de monopólio, ainda que entre os oligopolistas não exista um acordo propriamente dito.

Noutro giro, é relevante lembrar que nem sempre a concorrência nos oligopólios se restringe à questão dos preços, sendo comum a competição de oligopolistas em relação à qualidade dos produtos, ou mesmo a seus atrativos psicológicos, concorrência esta que pode até ser muito acirrada. Trata-se aqui de concorrência não de preços (*non price competition*), ou concorrência pela qualidade, que se faz presente não apenas nos mercados oligopolísticos, mas nos mercados de produtos diferenciados em geral, onde ocorra a concorrência monopolística.⁵⁷

Nessa conjuntura, surgem os chamados segredos industriais (tecnológicos) e comerciais, que diuturnamente são alvos de espionagem e outros expedientes, os quais, por sua vez, têm recebido especial atenção no campo jurídico, com desdobramentos no que respeita à concorrência desleal, às práticas comerciais abusivas, à propaganda enganosa, à defesa do consumidor, à propriedade industrial, entre outros pontos importantes.

Nessa passagem, não é demais assinalar que também há o fenômeno do oligopsônio, que, *mutatis mutandis*, traduz um oligopólio de compra, cenário no qual poucos compradores se defrontam com vendedores atomizados. O jogo, nesse caso, é o reverso do outro, porquanto o lucro dos oligopsonistas decorre do controle da procura e não da oferta, mediante o pagamento de preço menor do que aquele que se estabeleceria em regime de concorrência ainda que imperfeita. Pode ser consignado, como exemplo, o caso dos comerciantes ou beneficiadores de produtos

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 138.

⁵⁷ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 52.

agropecuários, que, em cada região, são em menor número do que os ofertantes.⁵⁸ Outro exemplo é o caso da indústria automobilística, que é constituída por um pequeno número de empresas que detém poder oligopsonista frente à indústria de autopeças, retratando bem a situação na qual poucos compradores dominam o mercado em relação a muitos vendedores.⁵⁹

1.2.5 Mercados monopolizados

Em termos gerais, o monopólio privado representa o outro lado da moeda, comparado à concorrência perfeita.

Trata-se de uma situação na qual apenas uma pessoa ou uma empresa se apresenta como vendedora de um determinado produto. O poder econômico desponta e manifesta-se com todo vigor, já que o monopolista está em condições de manipular o preço e a quantidade, as duas variáveis que caracterizam a compra e venda. Pode ele reduzir a quantidade oferecida para gerar a sensação de escassez e, simultaneamente, pode fixar o preço tão alto quanto possível, buscando obter lucros maximizados.⁶⁰

De acordo com Ricardo Thomazinho Cunha, devem estar presentes três elementos para a configuração de um monopólio: (i) um único vendedor ocupa totalmente o mercado; (ii) o produto que vende é único e (iii) barreiras substanciais que impedem a entrada de outras empresas no mercado.⁶¹

Sendo o único vendedor, o monopolista tem pleno controle da oferta, podendo determinar, a seu talante, qual será a quantidade total ofertada no mercado. Conseqüentemente, por meio da variação das quantidades ofertadas, poderá influir

⁵⁸ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 272-273.

⁵⁹ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 48.

⁶⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 273.

⁶¹ CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*, p. 20.

sobre o preço, fazendo-o oscilar de maneira inversamente proporcional ao volume da oferta. O monopolista poderá procurar obter o máximo de ganho possível em sua atividade, provocando intencionalmente a escassez, a fim de que os preços se elevem e, assim, haja maximização dos seus lucros.

São evidentes os prejuízos sofridos pelos consumidores em mercados monopolizados, visto que há uma redução do consumo e um aumento do preço pago pelo bem.

Para efeitos de aplicação da lei antitruste, considera-se monopolizado o mercado que tem uma empresa dominante e outras concorrentes comparativamente pequenas, que não têm condições de enfrentar a monopolista. Na legislação de certos países a proibição recai sobre a monopolização, incluindo sua tentativa, ou práticas utilizadas para manter essa posição. Em outras legislações é o abuso de posição dominante o conceito elaborado para a repressão aos monopólios. O Brasil enquadra-se no segundo caso. A caracterização do poder econômico, para fins de repressão ao seu abuso, dependerá previamente da delimitação do que seja o mercado relevante onde ele se manifesta.⁶²

Diversas condutas podem configurar o abuso dominante ou monopolização, sendo que a mais típica é a diminuição da produção, que permite ao monopolista vender o produto por um preço mais alto. Além disso, parte substancial da estratégia monopolista é afastar a entrada de novos concorrentes no mercado ou propiciar a saída dos que se atreveram a invadi-lo, de modo que são frequentes condutas como o preço predatório e a limitação do acesso de concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas e canais de distribuição. Com relação aos pequenos concorrentes que não causam ameaça, a empresa dominante simplesmente impõe conduta e preços uniformes, sob pena de retaliação.⁶³

⁶² BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 31-43.

⁶³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 40.

Nesse quadrante, é importante consignar que há os chamados monopólios naturais, em que uma única empresa pode oferecer um bem ou serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que fariam duas ou mais empresas. Ocorre em atividade na qual os custos de produção por uma única empresa são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até atingir toda a produção do mercado. Tradicionalmente, os setores de infraestrutura figuram como casos de monopólios naturais, podendo ser lembrada, como exemplo, a distribuição de água.⁶⁴

Também existem os denominados monopólios legais, juridicamente assegurados a determinados agentes econômicos. Referem-se a monopólios que o Estado reservou para si, como ocorreu no Brasil com o petróleo e, em muitas nações, com produtos como o fumo, o chá, entre outros.⁶⁵

Outrossim, há monopólios que são quase universalmente assegurados a agentes privados, como, por exemplo, os direitos autorais e os privilégios de marca e de patente, que outorgam a seus titulares direito de exploração econômica exclusiva, ainda que eventualmente temporária.⁶⁶

Por fim, há a situação do monopsônio, ou seja, quando o mercado conta apenas com um comprador e vários ofertantes. É um tipo de competição imperfeita na qual há um comprador, chamado de monopsonista, e inúmeros vendedores, sendo inverso ao monopólio, onde existe apenas um vendedor e diversos adquirentes. É o que se verifica, por exemplo, no ramo do leite, em que, numa determinada região, há um número expressivo de pequenos produtores de leite e apenas uma usina para pasteurizar o produto. Nessa circunstância, a usina poderá impor e ditar preços para a compra do leite.⁶⁷

⁶⁴ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*, p. 43.

⁶⁵ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 36.

⁶⁶ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 36.

⁶⁷ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*, p. 47.

1.2.6 Relações entre estrutura, conduta e desempenho dos mercados

Os estudos sobre as relações entre estrutura, conduta e desempenho do mercado sofreram grande influência da doutrina desenvolvida entre os anos 30 e 70 nos Estados Unidos, com destaque para a influência da estrutura no funcionamento dos mercados. Essa doutrina, conhecida como paradigma da estrutura-conduta-desempenho, tem como proposição principal a existência de uma relação inerente entre a estrutura dos mercados e seu funcionamento. Vale dizer, os agentes econômicos atuantes em mercados onde existem alto grau de concentração e altas barreiras à entrada forçosamente adotam condutas anticompetitivas, resultando daí baixo desempenho do mercado, com redução da produção e aumento de preços.

O paradigma da estrutura-conduta-desempenho sofreu duras críticas, especialmente da chamada Escola de Chicago, que, entre outros apontamentos, questionava a presunção de mau desempenho dos mercados a partir da exclusiva verificação da sua estrutura.⁶⁸

Nesse particular, à guisa de esclarecimento, vale lembrar que, segundo Calixto Salomão Filho, houve nos EUA, entre os anos de 1970 e 1980, intenso embate entre as chamadas Escola Neoclássica de Chicago e Escola Estruturalista de Harvard. Os anos de 1970 foram para a teoria econômica o período de grande debate acerca das estruturas e, a partir dos anos de 1980, a atenção se deslocou para o controle dos comportamentos.⁶⁹

A Escola de Chicago surgiu nos anos de 1950 com os trabalhos do economista Aaron Director, com aplicação, ainda de forma bem simplificada, da *price theory* ao direito antitruste. Nas décadas de 1960 e 1970, os trabalhos foram desenvolvidos principalmente por R. Bork e R. Posner, com inspiração na teoria marginalista para o estudo do direito antitruste. A aludida Escola sempre deu ênfase à eficiência produtiva, significando, primordialmente, a produção a baixo custo. A

⁶⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 41-43.

⁶⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

eficiência produtiva se traduz, nesse sentido, como uma justificativa para o alcance ou a manutenção de posições dominantes.⁷⁰⁻⁷¹

Relata Paula Forgioni que “a Escola de Chicago defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Assim, o jogo da concorrência (apto a, por si só, disciplinar o fluxo das relações econômicas) deve desenvolver-se livremente, com o mínimo de interferência estatal.”⁷² Porém, essa crença sofreu fortes abalos com a crise mundial de 2008 e novas propostas têm surgido no sentido de demonstrar que “a intervenção estatal na economia pode não ser tão perniciosa quanto antes apregoado. Cada vez mais doutrinadores acreditam que o antitruste não se resume à simples busca de eficiência alocativa. O direito é fenômeno complexo que não pode ficar enclausurado nos limites da economia”.⁷³⁻⁷⁴

A Escola de Harvard,⁷⁵ também conhecida como Escola Estruturalista, cujos expoentes foram C. Keyser e D. Turner, fez forte oposição a outra Escola, dando

⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*, p. 21.

⁷¹ Na percepção de Paula Forgioni, “a Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de ‘eficiência alocativa’: sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custos de transação, eficiências e ganhos para os consumidores.” (*Os fundamentos do antitruste*, p. 169-170).

⁷² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 169.

⁷³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 176-177.

⁷⁴ Eleanor Fox, renomada professora da New York University School of Law, faz reflexão sobre o paradoxo da eficiência no texto intitulado “The Efficiency Paradox”, afirmando que “Thirty years later a chorus of conservative and libertarian policy makers and specialist technicians proclaim the new litany: Antitrust is for efficiency. The perspective has shifted from the notion that antitrust is for competition of the notion that antitrust is for efficiency. Many influential supporters of antitrust as efficiency, including jurists, presume that what business does is efficient and what government (antitrust enforcement) does is usually inefficient. Consequently, today, we face the Efficiency Paradox: Modern antitrust (I assume arguing) is meant to help us reach efficiency. However, by trusting dominant firm strategies and leading firm collaborations to produce efficiency, modern U.S. antitrust protects monopoly and oligopoly, suppresses innovative challenges, and stifles efficiency.” (Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1431558>>. Acesso em: 25 jul. 2013).

⁷⁵ Para Paula Forgioni, “a Escola de Harvard parte do pressuposto de que empresas com poder econômico usa-lo-ão para implementar condutas anticompetitivas. (...) Por isso, devem ser evitadas as excessivas concentrações, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao

ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para a compreensão e aplicação do direito antitruste. Para os pensadores da Escola de Harvard, a estrutura do setor era determinante para a *performance* da respectiva indústria. Assim, narra Calixto Salomão Filho, “em uma indústria concentrada as empresas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, ‘*know-how*’ escasso e diferenciação dos produtos.” O ponto central dos estudos não era a eficiência, mas sim a existência efetiva de concorrência.⁷⁶⁻⁷⁷

Além das Escolas de Harvard e de Chicago, Paulo Brancher faz alusão à chamada Escola Pós-Chicago, que enfoca o desdobramento comportamental dos agentes econômicos nas análises antitruste, sobretudo com base na teoria dos jogos. Essa terceira vertente, nos dizeres do autor,

“procurou demonstrar que a linha de Chicago, leniente com práticas monopolistas, poderia estar equivocada. Basicamente, observando a realidade em que os agentes econômicos tomam suas decisões, a consequência dessa política pode chegar muito aquém do bem-estar social, pois se este somente é alcançado por meio do ‘meio concorrência’, o comportamento do monopolista pode ser somente o de eliminar seus rivais e, conseqüentemente, aumentar apenas o excedente do produtor em detrimento do consumidor.”⁷⁸

próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se modelo de ‘workable competition’. Essa questão, por sua vez, está relacionada ao problema da quantidade de agentes econômicos atuantes em determinado setor da economia. O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado. Dessa forma, dá-se preferência a uma estrutura mais pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado.” (*Os fundamentos do antitruste*, p. 166).

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*, p. 21-22.

⁷⁷ Notícia Calixto Salomão Filho que “a partir sobretudo do final dos anos 70 a ‘Escola de Harvard’ simplesmente desaparece, já que seus representantes aceitaram grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago. Severas críticas podem ser feitas a esses pressupostos, pois, quando filtrados pela análise jurídica, têm sua aplicação prática bastante restringida. Apesar disso, é inegável que a Escola Neoclássica de Chicago é hoje prevalente na doutrina econômica que trata da questão concorrencial.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*, p. 22).

⁷⁸ BRANCHER, Paulo. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010. p. 66.

Com efeito, percebendo que os competidores agem de acordo com estratégias de comportamento, os pensadores da Escola Pós-Chicago buscaram na teoria dos jogos os fundamentos para a compreensão do contexto em que os concorrentes atuam e quais as medidas que deveriam ser implementadas para o efetivo controle antitruste.⁷⁹⁻⁸⁰

Hodiernamente, as políticas antitruste adotam o grau de concentração de mercados para a análise de condutas anticoncorrenciais ou de atos de concentração. Consideram, também, outros fatores, tais como a probabilidade de os agentes efetivamente assumirem condutas anticompetitivas, a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes e mesmo algumas defesas que possam compensar a criação de poder de mercado, como um aumento de eficiência econômica dos agentes envolvidos nas operações.⁸¹

No Brasil, com a edição da Lei nº 8.884/94, tornou-se importante a compreensão sistematizada do significado econômico-jurídico dos comportamentos concorrenciais. Atualmente, a matéria é disciplinada pela Lei nº 12.529/2011.

O estudo dos comportamentos concorrenciais ganhou, nos últimos anos, um significado fundamental, pois compõem, ao lado do controle das estruturas, o sistema de proteção concorrencial.

⁷⁹ BRANCHER, Paulo. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*, p. 66.

⁸⁰ Paulo Brancher observa que nenhum Estado adota cegamente quaisquer das três Escolas mencionadas, de modo a eliminar as contribuições que cada uma delas pode oferecer no trato e na condução de políticas antitruste. Segundo o autor, a legislação antitruste na União Europeia tende a ser um objetivo em si mesmo, seguindo a linha voltada para a concorrência instrumental. Nesse contexto, cita o caso “GE/Honeywell”, no qual a denegação da aprovação da transação na União Europeia ocorreu após a aprovação pelo FTC nos Estados Unidos, figurando como um exemplo nítido e claro de visões não coincidentes em relação às políticas antitruste implementadas em diversos países. (*Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*, p. 67).

⁸¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 47.

Destarte, a proteção concorrencial ganha eficácia através da aplicação simultânea e conjunta de dois subsistemas, ou seja, do controle estrutural e controle comportamental.⁸²

1.3 CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Tradicionalmente, a doutrina antitruste classifica em três tipos os atos de concentração econômica, considerando as relações entre as empresas no mercado: (i) as concentrações horizontais, nas quais as partes são concorrentes; (ii) as concentrações verticais, nas quais as empresas envolvidas se relacionam dentro de uma cadeia de produção, mantendo relações comerciais de fornecimento ou prestação de serviços e (iii) as concentrações conglomeradas, nas quais se verificam operações de união de empresas cujas atividades não têm, em princípio, relação entre si.⁸³

Além dessas figuras, os acordos de cooperação empresarial, dada a amplitude das possíveis operações pelas quais se manifesta e em face dos limites tênues em relação à concentração empresarial, também ensejam estudo e análise no presente tópico.

1.3.1 Concentrações horizontais

Os acordos horizontais são aqueles encetados e promovidos entre agentes econômicos que operam no mesmo mercado relevante, geográfico e material, e que estão numa relação direta de concorrência. Esses acordos, conforme esclarece Paula Forgioni, apresenta como pressuposto o fato de que a concorrência, ainda que lícita, acaba por prejudicar os concorrentes, “pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*, p. 18.

⁸³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 46.

gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo.”⁸⁴

Na concentração horizontal há envolvimento de duas ou mais empresas atuantes no mesmo mercado ou em mercados de produtos sucedâneos, que possam competir entre si.⁸⁵ Configura concentração horizontal não apenas aquela integração entre empresas que fabriquem ou comercializem o mesmo produto, mas também devem ser incluídos todos os fabricantes de produtos substitutos, que, em caso de aumento de preços, passariam a ser consumidos.⁸⁶

As avenças entre as empresas concorrentes, que, essencialmente, objetivam a neutralização da competição existente entre elas são conhecidas como cartéis. Nesse ponto, é curial frisar que não restará caracterizado o cartel se o acordo não restringir a livre-concorrência e nem incorrer em qualquer das infrações previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011,⁸⁷ na medida em que “a associação não traz, em si, efeito competitivo que interesse à proteção da ordem econômica.” Trata-se, por exemplo, do caso de agentes econômicos que se unem para a formação de “associação de classe” ou “associação buscando a qualidade do produto”. Todavia, a partir do momento em que houver prática abusiva e anticompetitiva, caberá, sim, a aplicação das disposições específicas da Lei nº 12.529/2011.⁸⁸

No sentir de Ana Maria Nusdeo, dentre os três tipos de concentração mencionados, a horizontal é a mais ameaçadora à livre-concorrência, porquanto dela resulta a saída de um concorrente do mercado, aumentando seu grau de

⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 333-336.

⁸⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 46.

⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 279.

⁸⁷ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

⁸⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 335-338.

concentração. Entre os efeitos altamente prejudiciais à concorrência, o mais comum é o aumento da facilidade para as empresas remanescentes no mercado adotarem um comportamento expressa ou tacitamente colusivo, dentro de uma estrutura oligopolizada. Ademais, da operação pode resultar a formação de um agente-líder de mercado, cuja posição dominante desestimule os concorrentes a praticar preços e políticas independentes. Em casos mais extremos, o ato de concentração pode conduzir um agente a assumir posição de monopólio. Esses efeitos negativos ocorrem apenas em mercado relativamente concentrado, pois em mercados atomizados, formados por diversos concorrentes de pequeno ou médio porte, a união entre dois ou três deles acarretará efeitos mínimos à concorrência.

Por outro lado, prossegue a referida autora, os atos de concentração também podem ter efeitos benéficos e positivos à economia e ao mercado, devendo, portanto, ser aprovados nessas situações. É o caso, por exemplo, em que da operação resulta o aumento da eficiência na produção ou prestação do serviço. Diante de um ato de concentração no qual haja comprovado aumento da eficiência da nova empresa, à autoridade antitruste cabe analisar em que medida o meio escolhido é proporcional aos fins que se deseja alcançar, se não haverá alguma alternativa menos lesiva ao mercado, se não resultará na eliminação excessiva da concorrência e se seus benefícios serão repartidos equitativamente com a sociedade.⁸⁹

1.3.2 Concentrações verticais

Os acordos verticais são aqueles avençados entre agentes econômicos que estão ao longo da cadeia produtiva ou distributiva, ou seja, que ocupam, no decorrer de uma linha imaginária, os espaços que vão desde a produção da matéria-prima até a distribuição final do produto ou do serviço.⁹⁰

⁸⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 46-48.

⁹⁰ FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*, p. 23.

As práticas restritivas verticais, consoante entendimento de Jorge Fagundes, “são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços, ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores às suas na cadeia de produção.” Trata-se, nesse panorama, de restrições à liberdade de ação entre agentes que se encontram verticalmente relacionados.⁹¹

Nas concentrações verticais há envolvimento de empresas dentro de uma mesma cadeia de produção e seus canais de comercialização. Podem ser realizadas “para trás”, hipótese em que a empresa adquirida for fornecedora de matéria-prima ou insumos à adquirente; e “para frente”, caso em que a adquirida utiliza na sua produção os bens produzidos pela adquirente. Nesse segundo tipo, a situação mais frequente é a integração da empresa adquirente com a responsável pela distribuição de seus produtos.⁹²⁻⁹³

De acordo com Maria Cecília Andrade, nos atos de concentração verticais, ao contrário do que ocorre nas concentrações horizontais, não há, geralmente, alteração nas participações de mercado detidas pelos agentes envolvidos, sendo, pois, mais complexa a avaliação dos efeitos concorrenciais. Logo, conclui a autora, o controle de atos de concentração horizontal encontra enorme homogeneidade entre as jurisdições de todo o mundo, não sendo possível afirmar o mesmo em relação a

⁹¹ FAGUNDES, Jorge. Defesa da concorrência e restrições verticais. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência* – em homenagem ao prof. dr. Fábio Nusdeo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 101).

⁹² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 48.

⁹³ Maria Cecília Andrade, em seu artigo intitulado “Concentrações verticais – análise da aplicação do art. 54 da Lei 8.884/94”, menciona o caso, por exemplo, em que uma empresa que atua na área de distribuição (*downstream*) é comprada pelo fornecedor de seu produto (*upstream*), podendo ocorrer, também, a hipótese inversa. O resultado final dessa operação será uma empresa atuando nas duas etapas de produção e, por consequência, verticalmente integrada. (In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática de atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011. p. 350).

atos de concentração verticais, já que inexistente consenso quanto à melhor forma de lidar com a questão.⁹⁴

Paula Forgioni, em seus estudos, aponta alguns efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais, podendo, entre outros, ser aqui citados: (i) o fechamento do mercado aos concorrentes, haja vista que, por exemplo, se o distribuidor se vincular a um só fornecedor, comercializando apenas uma marca, os demais fabricantes tendem a perder importante canal de distribuição de sua produção; (ii) o aumento dos custos dos concorrentes, visto que, dado o aumento de barreiras à entrada de novos agentes, haverá elevação dos custos para a instalação de rede alternativa de escoamento de produção; (iii) a facilitação da formação de cartéis; (iv) a diminuição das opções ao consumidor, mediante acordos de exclusividade que restringem o universo de escolhas do consumidor; (v) o aumento dos preços aos consumidores; (vi) a imposição dos preços de revenda.⁹⁵

Nas concentrações verticais há três tipos de consequências que suscitam preocupações: (i) a criação de dificuldades às atividades de concorrentes de uma das empresas participantes da operação; (ii) a criação ou aumento das barreiras à entrada de novos concorrentes à empresa integrada verticalmente; e (iii) a facilitação do comportamento colusivo entre as empresas integradas.⁹⁶

A integração vertical entre duas empresas pode criar dificuldades às atividades do concorrente, pois há a eliminação de uma fonte de matérias-primas, um comprador ou distribuidor dos concorrentes da empresa adquirente.

⁹⁴ ANDRADE, Maria Cecília. Concentrações verticais – análise da aplicação do art. 54 da Lei 8.884/94. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática de atos de concentração*, p. 350-351.

⁹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 365-386.

⁹⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 48.

A elevação de barreiras à entrada no mercado pode resultar de uma concentração vertical na medida em que novos agentes interessados em ingressar no mercado da empresa adquirente apenas possam fazê-lo, para concorrer em igualdade de condições, se puderem, também, dedicar-se à atividade da empresa adquirida, o que, certamente, aumenta os custos e as dificuldades da entrada.

Por derradeiro, das concentrações verticais podem resultar estímulos à conduta de cartéis. Como é cediço, o cartel é um expediente de eliminação da concorrência de preço entre membros de um mercado relevante, cujo potencial lesivo à concorrência é proporcional à sua estabilidade, ou seja, à dificuldade encontrada pelos seus participantes de se esquivarem ao acordo de preços de modo a ganharem uma fatia maior de mercado.⁹⁷

1.3.3 Concentrações conglomeradas

A formação de conglomerados é considerada uma forma residual de concentração, pois se trata de integração entre empresas que não se enquadra como concentração horizontal e nem se classifica como concentração vertical. Os casos mais frequentes são aqueles que implicam a formação ou o incremento do poder de mercado, estando nas linhas limítrofes com as concentrações horizontais e verticais.⁹⁸

As concentrações conglomeradas caracterizam-se pelo fato de que as empresas adquirente e adquirida desenvolvem suas atividades em mercados relevantes distintos e não relacionados verticalmente. Todavia, em boa parte dos casos, justamente aqueles de relevância ao antitruste, as concentrações conglomeradas envolvem empresas atuantes em mercados de alguma forma relacionados entre si. Os casos mais típicos são a extensão geográfica, quando a empresa adquirida produz bem similar ao da adquirente num outro mercado relevante, e a extensão de produtos, quando as empresas envolvidas atuam com

⁹⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 48-49.

⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 318-319.

produtos de alguma forma relacionados entre si. Como exemplo da extensão de produtos pode ser mencionado o caso da empresa fabricante de alguns tipos de produtos de limpeza (detergente, sabão em pó, etc.) que resolve adquirir fábrica de um produto de limpeza por ela então não produzido (amaciantes).

Os conglomerados puros decorrem das uniões de empresas cujas atividades não guardam qualquer relação entre si e, normalmente, são de pouca relevância ao antitruste.⁹⁹

Relativamente a esses conglomerados puros, Calixto Salomão Filho pondera que a única justificativa plausível para o seu questionamento na esfera antitruste seria o aumento do poder financeiro dos agentes econômicos. O poder financeiro, por si só, não é suficiente a acarretar sanções contra esse tipo de concentração, já que não atribui aos agentes, automaticamente, poder no mercado, porém isso não significa dizer que o mau uso do poder financeiro não enseja punição no âmbito do direito antitruste.¹⁰⁰

De fato, o excessivo poder financeiro, quando utilizado de forma estratégica, ocasiona reflexos nefastos no campo concorrencial, por permitir ao agente econômico enfrentar guerras de preços e suportar longos períodos com níveis de preços inferiores aos custos, em largos passos direcionados à eliminação dos concorrentes no mercado. Quanto a isso, Calixto Salomão Filho entende que a ameaça deve ser refreada por meio de controle dos comportamentos, e não pelo controle estrutural.¹⁰¹

Entre os aspectos positivos, é oportuno mencionar que a formação de conglomerados pode propiciar a redução de alguns custos, contribuindo ao aumento da eficiência das empresas concentradas. Desse modo, nos casos de produtos de alguma forma relacionados ou similares vendidos em mercados geográficos diferentes, a operação pode permitir a compra de maior quantidade de matérias-primas por preço inferior, a distribuição conjunta dos produtos e a coordenação dessas atividades de abastecimento e transporte. Mesmo inexistindo uma relação

⁹⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 50-54.

¹⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 322.

¹⁰¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 323.

próxima entre os produtos das empresas concentradas, sua união pode permitir à nova empresa a contratação de serviços, como os de publicidade e de assessoria jurídica, e até a obtenção de capitais por um custo menor. Também uma linha maior de produtos pode propiciar um maior aproveitamento na realização de pesquisa de desenvolvimento, cujos resultados possam se espalhar por diferentes produtos. Por fim, há uma vantagem de caráter financeiro quando a diversa sazonalidade de compras de matérias-primas ou de vendas dos respectivos produtos finais permite ao conglomerado otimizar os fluxos financeiros recíprocos entre as diferentes unidades, tornando-o mais independente dos bancos e demais financiadores.

De outra parte, sob o enfoque do antitruste, a doutrina aponta que as concentrações conglomeradas podem eliminar os concorrentes potenciais, criando condições para a adoção de comportamento colusivo pelas empresas atuantes no mercado da empresa adquirida. Também pode ocorrer a adoção de práticas discriminatórias contra empresas não participantes do grupo.

O argumento da eliminação da concorrência potencial relaciona-se à possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado relevante em virtude de um aumento de preços substancial e não transitório dos produtos desse mercado. Em tese, esse argumento pode ser aplicado em qualquer tipo de ato de concentração.

A doutrina faz distinção entre a concorrência potencial percebida e concorrência potencial efetiva.

A concorrência potencial percebida refere-se ao fato de os agentes de mercado enxergarem uma empresa como possível ingressante no mercado e, assim, evitarem a adoção de preços supracompetitivos, estimulantes à sua entrada. O amadurecimento dessa doutrina deu-se nas Cortes Norte-Americanas, que definiram alguns requisitos sem os quais não há sentido para a proibição das operações de concentração: o mercado relevante deve ser concentrado; deve haver barreiras substanciais à entrada de novos concorrentes e o número de concorrentes potenciais deve ser reduzido.

A concorrência potencial efetiva refere-se, por sua vez, àquele caso em que o concorrente que ingressou no mercado através de um ato de concentração poderia ter entrado independentemente na impossibilidade de realizar a operação ou, ainda,

que se teria concentrado com um concorrente de menor porte caso impedido de efetivar a operação com os concorrentes de maior peso. Tal doutrina tem reduzida aplicação atualmente, na medida em que é de difícil comprovação que o agente realmente entraria no mercado independentemente do ato de concentração.

A repressão às concentrações conglomeradas com base nessas teorias teve o seu apogeu nos Estados Unidos na década de 60. Na década seguinte, essas doutrinas foram perdendo força, sobretudo a partir do entendimento de que as operações conglomeradas, por envolverem mercados distintos, não resultam na formação de poder de mercado.

Atualmente, os riscos à concorrência gerados pelas concentrações conglomeradas podem ser identificados a efeitos desencadeados sobre a concorrência horizontal e vertical.¹⁰²

1.3.4 Acordo de cooperação entre empresas

Enquanto as operações de concentração caracterizam-se pela formação de um centro único de decisões, em caráter permanente e, assim, pelo desaparecimento de um ou mais agentes do mercado, unificados sob o comando único, a cooperação entre empresas não tem esse caráter, pois os agentes de mercado permanecem independentes, havendo uniformização de políticas e condutas apenas no tocante a certos comportamentos e não à totalidade das atividades das empresas envolvidas. Os acordos de cooperação geralmente são efetivados por via contratual, ao passo que as concentrações implicam alteração de caráter societário.

A noção de colaboração entre empresas geralmente é impregnada de carga negativa, identificando-se com os cartéis de preços lesivos à concorrência. Entretanto, os acordos de cooperação podem ter efeitos positivos em algumas situações, sendo bastante eficazes em matéria de pesquisa e desenvolvimento, empresas em crise e estímulo a pequenas empresas.

¹⁰² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 50-54.

As operações de cooperação podem criar entre as sociedades envolvidas uma influência relevante do ponto de vista concorrencial, sem, contudo, unificar o comando entre elas. Também há casos das chamadas *joint ventures* ou consórcio de companhias para a realização de empreendimentos, cujos efeitos concorrenciais podem configurar situação de colaboração entre as participantes ou de verdadeira concentração.¹⁰³

Inegavelmente, nem todas as formas de cooperação econômica entre empresas redundam na limitação da concorrência entre os seus membros, especialmente considerando que, em certas situações, as limitações “são apenas coadjuvantes necessários para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas”. Trata-se aqui da teoria dos *ancillary restraints* (restrições ancilares).¹⁰⁴

Paulo Brancher, no artigo intitulado “*Joint ventures* e os limites da colaboração entre concorrentes”, explicita que “essas restrições previstas contratualmente não são o objeto ‘per se’ da associação entre os agentes, mas dele são parte ancilar e necessária, sem as quais não faria sentido a ‘joint venture’, pois seria impossível obter as eficiências desejadas e a redução nos custos de transação.”¹⁰⁵

A *joint venture* consiste numa forma de organização empresarial em que os interessados se agregam a fim de alcançar um objetivo comum.

Marcos Vinício Chein Feres pontua que, sob o prisma econômico, trata-se de um modo de se agrupar, por prazo determinado, empresas que atuem no mesmo ou em diferentes níveis do processo produtivo para alcançar economias de escala ou de escopo, reduzindo os custos de transação numa situação de mercado concorrencial imperfeita. O consórcio pode ser utilizado como um instrumento jurídico de efetivação de *joint ventures* e, sendo assim, a sua natureza jurídica é a

¹⁰³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 54-55.

¹⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 343.

¹⁰⁵ In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 254-255.

de um contrato de comunhão de escopo ou plurilateral.¹⁰⁶ Nesse diapasão, esclarece o autor que

“O consórcio, sem dúvida, pode atender à necessidade de incremento e eficiência empresarial assim como pode representar um meio de agregar forças entre pequenas e médias empresas. No entanto, como exteriorização da ‘*joint venture*’ no ordenamento jurídico brasileiro, ele deve-se sujeitar à estrutura normativa de concorrência que estabelece os parâmetros para o controle preventivo de determinadas formas de concentração econômica no mercado.”¹⁰⁷

O consórcio, conforme expressão de Marcos Vinício Chein Feres, é uma espécie de *joint venture* que mais se aproxima de cooperação empresarial do que concentração econômica. A cooperação, nesse sentido, exsurge como um acordo entre agentes econômicos, por um determinado espaço de tempo, com intuito de alcançar certos objetivos comuns no mercado.

Entrementes, é imperioso destacar que a Lei nº 12.529/2011, no seu artigo 90, inciso IV, estabelece que se tem um ato de concentração quando duas ou mais empresas celebrarem contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Na sequência, no parágrafo único, há a ressalva de que “não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ FERES, Marcos Vinício Chein. *Joint ventures – o consórcio de empresas no direito brasileiro. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 8, jan. 2001. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 8 maio 2013.

¹⁰⁷ FERES, Marcos Vinício Chein. *Joint ventures – o consórcio de empresas no direito brasileiro. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 8, jan. 2001.

¹⁰⁸ Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

Levando em conta o atual contexto normativo, Juliana Girardelli Vilela argumenta que

“...considerando que a ‘joint venture’ diz respeito a uma integração econômica para o compartilhamento de conhecimento, riscos, esforços e investimentos no sentido de realizar uma atividade empresarial, destacando-se o caráter duradouro da colaboração, cujos efeitos se estendem no tempo, de modo a tornar possível eventual prejuízo à concorrência, em sua fase de constituição, a apresentação prévia do ato de concentração confere maior transparência à negociação da ‘joint venture’ e serve como demonstração de boa-fé às autoridades.”¹⁰⁹

Mais adiante, a mesma autora enfatiza que não há dúvidas quanto aos benefícios e à necessidade de se fomentar o empreendedorismo com vistas a formar uma economia robusta e competitiva, entretanto, “há de se restringir os efeitos concorrenciais negativos. Por isso, uma ‘joint venture’ que restringe a livre-concorrência e que gera o abuso de poder econômico não é compatível com o equilíbrio que se busca no mercado no que concerne às relações concorrenciais.”¹¹⁰

Por derradeiro, o que a lei antitruste busca coibir é que os agentes econômicos, por meio de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, promovam uma atuação concertada que, em última análise, venha a causar prejuízo ao mercado e ao consumidor.

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

¹⁰⁹ VILELA, Juliana Girardelli. *Joint ventures* sob o prisma concorrencial. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011. p. 326-327.

¹¹⁰ VILELA, Juliana Girardelli. *Joint ventures* sob o prisma concorrencial. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*, p. 330.

2

DIREITO E CONTROLE DA ESTRUTURA DE MERCADO

2.1 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA COMO FALHA DE MERCADO

A concentração econômica tem como pilar central a ideia de aumento de riquezas em poucas mãos, significando, em outros termos, o aumento de poder econômico de um ou mais agentes econômicos.¹¹¹

A falha ou imperfeição do mercado é um conceito desenvolvido pela teoria econômica a partir da comparação dos mercados reais com o modelo de mercado perfeitamente competitivo, de modo que, faltando aos primeiros alguns dos pressupostos desse último, seu funcionamento fica comprometido, impedindo a alocação eficiente dos recursos sociais.¹¹²

Uma das falhas de mercado apontadas pela doutrina econômica é o poder de monopólio, existente em estruturas oligopolizadas ou monopolizadas, decorrente de uma excessiva concentração de agentes econômicos, com redução do número de concorrentes.

Não se pode perder de vista que a concentração econômica tem como causa principal o fenômeno das economias de escala, o qual, por seu turno, relaciona-se a fatores de ordem tecnológica. Assim, a concentração é um fenômeno inerente ao

¹¹¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 394.

¹¹² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 56.

progresso científico iniciado com a Revolução Industrial, de tal sorte que deve ser observada e tratada a partir da compreensão dos seus aspectos positivos e negativos para o funcionamento do mercado e para o desenvolvimento do Capitalismo.¹¹³

Destarte, as economias de escala “nada mais vêm a ser do que processos pelos quais se reduz acentuadamente o custo unitário da produção de um bem, à medida que aumenta o volume produzido, isto é, a escala da produção.”¹¹⁴

As economias de escala expressam o processo de tecnificação crescente da atividade produtiva, com a incorporação de maquinários cada vez mais diversificados e automatizados e, portanto, com o agigantamento do tamanho médio das unidades produtoras. Em decorrência do crescimento da maquinaria, houve grande mobilização pelo capital financeiro, que passou a ser fator preponderante da produção, inicialmente na indústria e, na sequência, nos demais segmentos da economia (Capitalismo).¹¹⁵

Com a Revolução Industrial, algumas unidades produtoras passaram a ter elevação dos volumes de produção e de vendas e, conseqüentemente, houve redução do volume produzido pelas demais unidades, que se viam gradativamente expelidas do mercado por não poderem concorrer com os preços e mesmo com a qualidade das primeiras. Tornou-se, assim, insubsistente o pressuposto da atomização, base da concorrência, passando a haver o processo de oligopolização de diversos setores da economia.¹¹⁶

É de se advertir, porém, que o fenômeno das economias de escala não constitui um mal em si, mas sim representa um bem, na medida em que viabiliza a redução de custos e o maior acesso ao mercado pelas faixas de menor renda.

¹¹³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 57.

¹¹⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 147-148.

¹¹⁵ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 148.

¹¹⁶ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 148-149.

Por outro lado, as economias de escala não são o único fator conducente à concentração. Não se pode olvidar que há outras causas para a concentração de empresas, podendo aqui ser mencionados os monopólios naturais, os monopólios legais e a própria motivação, pelos agentes econômicos, à conquista de uma posição de maior poder de mercado.

Conforme já exposto, a concentração de empresas, ou poder de monopólio, representa a negação da atomização, que é um dos fundamentos basilares do mercado perfeitamente competitivo. A atomização do mercado nada mais é do que a existência de vários vendedores (produtores) e compradores de certo bem, de maneira que nenhum detém maior poder de mercado do que os demais concorrentes.

Nos mercados concentrados, os agentes buscam a maximização dos lucros mediante acordos restritivos ou comportamentos interdependentes (mercados oligopolizados) ou, ainda, tentam dominar ou monopolizar um dado segmento, com práticas que desembocam no aumento dos preços através da redução da oferta de bens.

O Estado responde a essa falha de mercado (poder de monopólio) impondo normas de natureza antitruste ou de defesa da concorrência ou, ainda, de repressão ao abuso do poder econômico, tendo como fim precípua a manutenção da capacidade do mercado de promover a alocação eficiente dos recursos e da produção econômica.¹¹⁷

2.2 LEIS ANTITRUSTE E INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A resposta à aludida falha de mercado consubstancia-se nas normas antitruste ou de defesa ou proteção à livre-concorrência ou de repressão ao abuso

¹¹⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 56-59.

do poder econômico, conforme denominação escolhida pelos diferentes ordenamentos jurídicos hodiernamente existentes.

A regulação estatal tem como escopo a manutenção da capacidade do mercado de promover a alocação eficiente dos recursos e da produção econômica, mediante normas que disciplinam a conduta de determinado mercado e da sua própria estrutura.

É de bom alvitre frisar que, além das justificativas econômicas, aspectos de natureza política, tais como o descontentamento com a prática das grandes empresas e a ideia de preservação das condições de sobrevivência das empresas de menor porte e a preocupação com os interesses do consumidor, também foram os grandes responsáveis pela criação das leis antitruste.¹¹⁸

Nos países ocidentais existem leis destinadas a combater ou a atenuar o poder de controle dos oligopólios, monopólios ou formas diversas de concentração econômica sobre os mercados.¹¹⁹

Em 1889 e 1890 foram promulgadas leis antitruste no Canadá e nos Estados Unidos, sendo que a de maior repercussão foi a americana conhecida como *Sherman Act*.¹²⁰ Essa legislação representa para muitos o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico porque corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando regulá-la.¹²¹

¹¹⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 59.

¹¹⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 150.

¹²⁰ Consoante comentários de Amaury Patrick Gremaud, Marco Antônio Sandoval de Vasconcellos e Rudinei Toneto Júnior, o *Sherman Act*, de 1.890, foi a primeira medida antitruste de maior repercussão nos EUA, tornando ilegal qualquer acordo entre empresas competidoras para fixar preços ou quantidades produzidas, bem como qualquer conduta que restringisse a concorrência. Na sequência, sobreveio o *Clayton Act* e, depois, o *Federal Trade Commission Act* em 1914, que determinou a criação do *Federal Trade Commission* (FTD), agência governamental com atribuições para implementar e para fiscalizar o cumprimento da lei antitruste. (*Economia brasileira contemporânea*, p. 588).

¹²¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 65.

Originalmente, as normas de proteção contra atos lesivos à livre-concorrência tiveram caráter privatístico, fundamentando-se nas teorias do abuso do direito, da contrariedade às normas morais e, mais exatamente no caso norte-americano, da equidade. Entre os atos concorrenciais puníveis tinham-se as práticas contra a reputação dos comerciantes, contra a propriedade industrial, o enriquecimento ilícito por meio de desvio de empregados, de clientes e de fornecedores e o acordo entre diferentes empresas para a eliminação de um concorrente.

Posteriormente, num segundo momento, surgiram as normas de caráter publicístico para a proteção do mercado e da concorrência no interesse público, ou seja, no interesse dos consumidores, da proteção à livre-iniciativa e dos valores democráticos da sociedade.¹²² Esse segundo período corresponde à época do liberalismo econômico, com os novos ares da livre-concorrência. A noção de mercado passou por transformações e evoluiu, deixando de ser apenas relacionada ao local ou à reunião de pessoas em torno de trocas para incorporar as ideias de concorrência e de liberdade econômica. A livre-iniciativa e a livre-concorrência tornaram-se, por conseguinte, os princípios basilares do novel sistema.¹²³

Após a II Guerra Mundial, a atuação estatal na economia foi gradativamente deixando de ser episódica e casuística, passando o Estado a agir de forma finalista, tendo em mira objetivos como bem-estar, o desenvolvimento, a integração econômica. Paulatinamente, a intervenção estatal no domínio econômico foi se consolidando e sistematizando e, dessa maneira, alterando-se o panorama do Direito e da Economia, cada vez mais inter-relacionados.¹²⁴

No segundo pós-guerra, a constante intervenção estatal na economia despertou a atenção de juristas para o surgimento de um novo ramo do Direito, o Direito Econômico, que, na percepção de Ana Maria Nusdeo, objetiva “a instrumentalização jurídica da atuação do Estado para implementação de sua política econômica”, procurando “ordenar, dirigir, organizar e coordenar práticas

¹²² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 61-62.

¹²³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 55-57.

¹²⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 61-62.

econômicas tanto para a consecução de finalidades determinadas quanto para a compatibilização de fins conflituosos dentro de uma orientação macroeconômica.”¹²⁵

Na mesma trilha segue Fernando Herren Aguillar, para quem o “Direito Econômico é o direito das políticas públicas na economia. É o conjunto de normas e institutos jurídicos que permitem ao Estado exercer influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamentos dos agentes econômicos num dado país ou conjunto de países.”¹²⁶

Comentando sobre as origens do Direito Econômico, João Bosco Leopoldino da Fonseca relata que a existência do fenômeno da concentração econômica “fez surgir uma nova disciplina jurídica das relações, quer pela necessidade de conter aquela força, para impedir que ela sufocasse os outros elementos do mercado, quer pela necessidade de preservar aquela nova feição econômica, para impedir que o seu desaparecimento destruísse o próprio mercado.”¹²⁷

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe uma nova fundamentação ideológica para justificar a atuação do Estado no domínio econômico, pois, além das influências das Constituições de Portugal e da Espanha, recebeu também o sopro modernizador do novo papel do Estado na conjuntura econômica.¹²⁸⁻¹²⁹

¹²⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 62-63.

¹²⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1.

¹²⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 11.

¹²⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*, p. 196

¹²⁹ Nesse ponto, vale trazer à baila a opinião do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, ao analisar a atuação do Estado no domínio econômico, afirma que “ao contrário da Constituição anterior, cuja inspiração era neoliberal, embora na prática não tenha sido, a Constituição vigente é nitidamente estatista no plano econômico. O art. 174 define o Estado ‘como agente normativo e regulador da atividade econômica’. Assim, não seria o mercado, como é típico de uma economia descentralizada (ou liberal), mas o Poder Público, segundo é próprio de uma economia de tipo centralizado (ou soviético), que regeria a economia. Isto colide com os princípios da livre-iniciativa, livre-concorrência, que a Constituição consagra (arts. 1º, IV, 170, ‘caput’ e inc. IV), que atenuam esse centralismo econômico.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 394).

A intervenção do Estado no domínio econômico pode ser direta e indireta. A intervenção direta se dá quando o Estado, no exercício de atividade empresarial, atua por meio de empresa pública ou de sociedade de economia mista. A intervenção indireta ocorre quando o Estado, no exercício da atividade reguladora, estimula ou apoia a atividade econômica empreendida pelos particulares.¹³⁰

Não é demais acrescentar, nessa passagem, que João Bosco Leopoldino da Fonseca relaciona quatro modalidades de atuação do Estado: (i) a de regulação econômica; (ii) a de atuação fiscal e financeira; (iii) a de iniciativa pública e (iv) e a de reserva ao setor público.¹³¹

É certo que a regulação das relações econômicas insere-se na primeira modalidade, na qual o Estado edita normas para influir na concretização do fenômeno econômico, condicionando, corrigindo e alterando os parâmetros naturais e espontâneos do mercado.¹³²

Calixto Salomão Filho afirma que “a disciplina do poder econômico é a própria razão de ser do direito da concorrência. Este surge efetivamente como uma garantia do cidadão contra os grandes trustes em épocas nas quais o antitruste era o único instrumento de controle das forças de mercado. É indubitável, portanto, que a gênese do antitruste é profundamente ligada ao equilíbrio das forças no mercado.”¹³³

Muito pontuais são as reflexões de Vinícius Marques de Carvalho que, ao focar as questões que envolvem o poder econômico e a defesa da concorrência, tece as seguintes considerações:

“Quanto mais atomizado o poder econômico, mais espaço para uma ação coordenada macroeconômica, na medida em que maior poder se confere ao centro decisório nacional e mais distante essa racionalidade fica da soma

¹³⁰ NAZZAR, Nelson. *Direito econômico*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009. p. 69.

¹³¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*, p. 204.

¹³² FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*, p. 204.

¹³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 37.

das racionalidades individuais. Por outro lado, quanto maior a concentração do poder econômico, maior o espaço de influência dos agentes na racionalidade macroeconômica, mais próxima ela se torna da soma das racionalidades microeconômicas. Enfim, o poder econômico concentrado pode limitar a capacidade de o Estado ordenar variáveis macroeconômicas, e de formular e implementar um conjunto coerente de diretrizes chamado política econômica.”¹³⁴

Partindo dessas observações, Vinícius Marques de Carvalho aduz que o Estado pode dimensionar as políticas públicas que tenham por escopo: (i) regular os agentes que possuem poder econômico, controlando os preços, as quantidades, a entrada e a saída do mercado; (ii) promover a participação do Estado na produção econômica por intermédio de empresas estatais, colimando compensar ou equilibrar as relações de poder ou, ainda, abrir novos mercados; e (iii) atuar apenas no controle do abuso do poder econômico, assegurando a liberdade de concorrência por meio do direito antitruste.¹³⁵

Destarte, as regras antitruste passaram, como os outros instrumentos de que se serve o Estado para a mitigação das falhas de mercado, a ser concebidas e aplicadas num contexto de implementação de políticas econômicas destinadas à concretização de objetivos predefinidos.¹³⁶⁻¹³⁷

¹³⁴ CARVALHO, Vinícius Marques de. Poder econômico e defesa da concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). *Publicações da Escola da AGU – Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011. p. 302.

¹³⁵ CARVALHO, Vinícius Marques de. Poder econômico e defesa da concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira, p. 302.

¹³⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 63.

¹³⁷ Itamar de Carvalho Jr., em seu texto nominado “Constituição Federal de 1988: liberdade, regulação e concorrência”, põe em relevo o artigo 5º, inciso II, da Carta Máxima, aduzindo que “por meio deste dispositivo, se extrai a norma que impõe dever do ônus argumentativo ao se instituir restrição à liberdade constitucional de atuação econômica. (...) Não se nega a possibilidade de regulação das atividades econômicas pelo Estado, mesmo por que tais normas de contenção permeiam, por disposições constitucionais, o ‘neoliberalismo’ brasileiro. Contudo, para se estabelecer restrição à ‘Liberdade’, deve, aquele que a estabelece, trazer consigo os argumentos que legitimam tal conduta, sob pena de reconhecimento de

Ao promover estudos sobre a regulação como garantia institucional e como instrumento de política econômica, Calixto Salomão Filho pontifica que o antitruste e a regulação, sendo instrumentos desenvolvimentistas, devem incentivar o desenvolvimento nacional e, uma vez entendidos como forma de garantia sistêmica, servem para promover o equilíbrio das relações entre agentes econômicos, e entre eles e os consumidores, impedindo que uns adquiram poder e dele abusem sobre os outros. Trata-se, conclui o autor, de um instrumento de reequilíbrio das relações econômicas.¹³⁸

Carlos Ari Sundfeld adverte que a própria Constituição Federal impõe limites intransponíveis à atuação estatal no controle e na fiscalização da atividade privada. A Carta Maior, ao mesmo tempo em que admite que o Estado reprima o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), também veda a atuação planificadora estatal, de caráter cogente, ao setor privado (art. 174, *caput*). Nessa ordem de ideias, o jurista pondera que:

“A atuação dos órgãos de defesa da concorrência, em especial no que toca ao controle de estruturas, não pode avançar de modo a substituir o livre movimento dos agentes de mercado pelo planejamento estatal, mesmo que seja este individualizado num caso de concentração empresarial e tenha como justificativa a precaução contra incertos danos à ordem econômica. Para que seja válida a intervenção dos órgãos de proteção da concorrência no controle de estruturas, sua atuação deve visar à repressão de um ato que isoladamente – isto é, independentemente de outros de ocorrência incerta – mostre-se ilícito.

Neste caso será respeitado o preceito constitucional que autoriza a intervenção estatal na iniciativa privada para reprimir o abuso do poder econômico. A imposição de restrições à livre organização de empresas, coibindo atuações empresariais em si lícitas, como mecanismo de precaução contra condutas futuras e hipotéticas, representaria verdadeiro dirigismo estatal na iniciativa privada e, por tal razão, seria inválido.”¹³⁹

inconstitucionalidade da restrição.” (CARVALHO JR., Itamar de. Constituição Federal de 1988: liberdade, regulação e concorrência. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 134-135).

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 136.

¹³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível

Paula Forgioni sustenta que “a análise contemporânea das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, como um instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública.”¹⁴⁰⁻¹⁴¹ Nessa direção, ao destacar ser o direito da concorrência um instrumento de política econômica, a mesma jurista afirma que essa política pode ser implementada tanto pela aplicação da lei antitruste, ainda que por via de concessão de autorização ou isenção, quanto pela sua não aplicação a práticas restritivas. Nessa segunda hipótese, pode o Estado, a fim de regulamentar o mercado, afastar a aplicação da lei antitruste, eliminando ou amenizando, por exemplo, a vigilância ou controle sobre o processo de concentração.¹⁴²

Na casuística estrangeira é possível encontrar exemplos sobre a implementação de uma política econômica mediante a não aplicação de leis antitruste. Um exemplo famoso é o do cartel de produtores suíços de relógios, que celebraram acordos de controle de produção, preços e distribuição, sem que jamais houvesse repressão por parte das autoridades suíças. Outro caso é o dos cartéis entre os armadores da Inglaterra que, embora tenham caráter restritivo da concorrência, são aceitos por se entender que constituem um fator de estabilização e eficiência do mercado. Deliberadamente, o governo inglês jamais aplicou a lei antitruste nacional contra esses acordos.¹⁴³

Ao analisar os sentidos da política antitruste, Carlos Alberto Bello pontua que, além do enfoque exclusivo da defesa da concorrência, há outros sentidos atribuíveis a essa política. Segundo o supracitado autor, há intenso debate sobre a articulação da defesa da concorrência com as políticas de competitividade, em que se defende o relaxamento da primeira como meio de fomentar maior competitividade externa ou

em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12724>>. Acesso em: 8 abr. 2013.

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 79.

¹⁴¹ Na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, “política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país.” (*Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 830).

¹⁴² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 189.

¹⁴³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 190-191.

inovação das empresas. Em tese, pode-se postular sete eixos orientadores (alternativos ou complementares) de diversas políticas antitruste plausíveis, quais sejam:

- I. defender ou promover posturas pró-competitivas: trata-se de monitorar o mercado para evitar ou punir cerceamentos à concorrência, mantendo o pressuposto liberal de que posturas pró-competitivas estimulam e geram o maior bem-estar possível. Pressupõe ser possível detectar práticas anticoncorrenciais e sobre elas atuar, visto que as imperfeições de mercado são evidentes e localizáveis por serem excepcionais e expressivas;
- II. promover ou garantir a liberdade de iniciativa: busca-se assegurar a liberdade de oportunidade, reconhecendo que há barreiras à entrada e à viabilidade de agentes econômicos de menor porte, que devem ser expurgadas ou atenuadas;
- III. fomentar ou garantir o bem-estar dos consumidores: trata-se de fazer o mercado gerar benefícios, medindo a política antitruste por resultados como, por exemplo, menores preços e maior qualidade ou variedade de produtos;
- IV. visar uma maior dispersão do poder econômico: com preocupação quanto à propriedade da riqueza, busca-se um parâmetro mais amplo de igualdade. Privilegiando uma política do tipo *small is beautiful*, as empresas teriam o tamanho equivalente em nível de escala mínima eficiente e não teriam poder para excluir concorrentes, ficando, desta forma, sob constante pressão competitiva;
- V. apoiar políticas macroeconômicas: provavelmente, uma estrutura de mercado menos concentrada do que estruturas oligopólicas estabilizadas atenda melhor a prioridades como o crescimento econômico e aumentos de exportações, do nível de emprego e das inovações. Nesse sentido, quanto maior a pressão concorrencial, maior deve ser o impulso ao investimento, à inovação e às exportações, devido à necessidade de se buscar conquistar parcelas de mercado;

- VI. apoiar políticas sociais: há objetivos sociais relevantes que sofrem influência da política antitruste, pois o poderio econômico dos grandes capitais afeta a distribuição de renda dos consumidores, dos pequenos capitais e dos trabalhadores;
- VII. lutar contra a captura do sistema político pelo poder econômico: o poder econômico exerce abrangente influência sobre o sistema político por diversas formas de *lobby*, de corrupção ou de financiamentos às campanhas políticas, de modo que somente fortíssimas restrições legais, fulcradas em sólidas instituições públicas permeáveis à participação da sociedade civil, poderiam evitar que os membros da classe política usassem seus poderes para melhorar sua situação econômica através de benesses concedidas ao grande capital.¹⁴⁴

Dentro do panorama normativo-constitucional do Brasil, o direito de proteção à concorrência é entendido como legislação que dá suporte aos princípios jurídicos da livre-iniciativa, da livre-concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico, princípios que integram a ordem econômica constitucional brasileira.¹⁴⁵

O texto da atual Carta Magna não deixa dúvidas de que a concorrência é, entre nós, um meio e um instrumento para o alcance de outro bem maior, ou seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹⁴⁶

Atualmente, nos Estados Unidos é grande a ação estatal contra o chamado poder econômico. Na Europa, além da legislação nacional de cada país, há a legislação comunitária para os casos em que ocorre envolvimento de empresas de mais de um país da Comunidade Europeia.¹⁴⁷

No Brasil, por sua vez, a lei hoje em vigor é a de nº 12.529, de 30/11/2011, que revogou a de nº 8.884/1994.

¹⁴⁴ BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 45-48.

¹⁴⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 63.

¹⁴⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 186.

¹⁴⁷ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 151.

3

PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

3.1 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E DIREITO DE PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA

O sistema jurídico é estruturado por princípios e estes constituem o alicerce fundamental para se definir e compreender o sentido e o alcance das expressões jurídicas.¹⁴⁸ Os princípios orientam a interpretação das diferentes partes do ordenamento jurídico, sendo eles os vetores reguladores das exegeses das normas estritas.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Humberto Ávila (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70), conceitua os princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” Deveras, segundo o autor, os princípios são normas finalísticas e estabelecem um fim a ser atingido.

A respeito do tema, Roberto Alexy afirma que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” (*Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90).

¹⁴⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2008. p. 208.

Luís Roberto Barroso observa que, em uma ordem democrática, os princípios entram constantemente em tensão dialética, apontando diversas direções. Sendo assim, a sua aplicação deverá ocorrer por meio da chamada ponderação,¹⁵⁰ ou seja, o intérprete deverá avaliar e calibrar o peso que cada princípio deverá desempenhar no caso concreto, mediante concessões recíprocas, preservando o máximo de cada um na medida do possível. A aplicação deverá ser graduada frente às circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.¹⁵¹

É estreme de dúvidas que as normas constitucionais incorporam e veiculam valores políticos e ideológicos, institucionalizando uma determinada ordem econômica.¹⁵²

O direito da concorrência no Brasil é norteado pelos princípios jurídicos conformadores da ordem econômica constitucional, que estão catalogados no artigo 170 da Carta Política.¹⁵³

¹⁵⁰ Para Daniel Sarmiento, o equacionamento das tensões principiológicas só pode ser levado a efeito à luz das variáveis fáticas do caso, “as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto.” Nessa projeção, o método de ponderação de bens é “a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas.” Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 54-55).

Ana Paula de Barcellos, em estudo aprofundado sobre a temática posta, enuncia que a ponderação, também conhecida por *balancing* por conta da influência da doutrina norte-americana, “é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23).

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 148-149.

¹⁵² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 232.

¹⁵³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

Esses postulados devem ser interpretados de forma sistematizada, pois, na lição de Lafayette Josué Petter, “somente sua visualização dentro do todo sistemático, no sentido não dedutivo do termo, é que propicia o estabelecimento do real alcance de seu sentido, potencializado pela visão de inteireza que é ínsita ao desvelamento do fenômeno jurídico.”¹⁵⁴

Com efeito, à luz do artigo 170 da Constituição da República, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, objetivando assegurar a todos a existência digna, tudo em harmonia com os ditames da justiça social e dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre-concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil. O parágrafo único desse dispositivo constitucional ressalta que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvante os casos previstos em lei.¹⁵⁵

IV – livre-concorrência;

V – defesa do consumidor;

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

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

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

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

¹⁵⁴ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, p. 209.

¹⁵⁵ André Ramos Tavares, ao discorrer sobre o tema, classifica os princípios econômico-constitucionais em sentido amplo e em sentido estrito. Acerca dos aludidos princípios em sentido amplo, o autor esclarece que, além daqueles elencados no artigo 170 da Constituição Federal, há outros postulados da vida econômica que estão plasmados no Texto Constitucional. Nesse sentido, “são princípios de implicações econômicas, dentre outros, o princípio do Estado de direito, tendo em vista que confere a necessária e desejável segurança e previsibilidade das relações jurídicas. Também o princípio do Estado federal, do qual decorre a unidade econômica de todo o território nacional, impedindo a criação de taxas aduaneiras

Mais adiante, o artigo 173, § 4º, da Carta Magna preconiza que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”¹⁵⁶

Na percepção de Paula Forgioni, a Carta Maior estabelece ser a concorrência um meio e instrumento para o alcance de outro bem maior, ou seja, assegurar a todos existência digna, em consonância com os ditames da justiça social. É evidente o caráter instrumental da proteção da concorrência na atual Constituição, visto que esta reprime o abuso ao poder econômico que objetive a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4º), pondo em relevo o princípio da livre-concorrência (art. 170, IV). Também se verifica a natureza instrumental na repressão ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º), em atenção ao princípio da defesa do consumidor (art. 170, V).¹⁵⁷

internas (...). Há, ainda, fora do art. 170, princípios que, além da relevância econômica, como estes citados anteriormente, agregam ainda a nota da sua exclusividade econômica, vale dizer, são princípios vocacionados totalmente para a ordem econômica do país, o que ocorre com alguns princípios alocados no art. 1º e no art. 3º da Constituição: princípios dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, inc. IV); princípio do desenvolvimento social (art. 3º, inc. II); princípio da erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, inc. III) e princípio da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III, ‘in fine’).” Os princípios econômico-constitucionais em sentido estrito, por sua vez, “são aqueles expressamente designados como tais pela Constituição formal. (...) De outra parte, se nem todos os princípios econômicos encontram-se reunidos no título próprio, é forçoso reconhecer que muitos dos princípios adotados expressamente no art. 170 não possuem apenas a conotação econômica, como ocorre com a proteção ao meio ambiente, que é uma aspiração muito mais ampla, sendo o aspecto econômico uma das abordagens possíveis. Contudo, tendo sido expressamente designada pela Constituição econômica, não pode ser olvidada como princípio a ser incluído no seu estudo”. (*Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 123-124).

¹⁵⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º ‘usque’ § 3º ... ‘omissis’...

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

§ 5º ... ‘omissis’...

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 186.

A Lei nº 12.529/2011, em seu artigo 1º, deixa às claras que esse novel diploma normativo estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientando-se pelos ditames constitucionais da livre-iniciativa, livre-concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.¹⁵⁸

Com a devida ressalva de que os casos concretos podem suscitar a consideração de outros princípios no momento da aplicação da lei antitruste, seguem, nos tópicos subsequentes, algumas considerações a respeito dos princípios elencados no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e 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.

¹⁵⁸ Conforme narrativa de Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli, a concentração de funções em torno do CADE reforça a antiga concepção de sua preponderância e de maior relevância sobre os demais órgãos do SBDC, de sorte que, em razão disso, no decorrer dos debates legislativos até a ulterior aprovação da Lei nº 12.529/2011, o termo “super-CADE” foi amplamente utilizado para designar a sua nova estrutura. E, sob o enfoque da finalidade e dos bens jurídicos tutelados, a novel lei antitruste possui um viés triplo, a saber: “(i) de prevenção, a partir do controle das estruturas de mercado e da análise de atos de concentração econômica; (ii) de repressão, a partir da fiscalização e imposição de penalidades sobre condutas anticoncorrenciais; e (iii) de educação, através da disseminação da cultura de defesa da concorrência à sociedade em geral.” (*Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 3).

3.1.1 Livre-iniciativa

O artigo 1º, inciso IV, da Carta Política preceitua que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, entre outros, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.¹⁵⁹

Interpretando o mandamento constitucional em tela, José Afonso da Silva leciona que, primeiramente, “a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a ‘iniciativa privada’ é um princípio básico da ordem capitalista” e que, secundariamente, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”¹⁶⁰

Com efeito, o caráter social da livre-iniciativa é expresso pela finalidade apontada para a ordem econômica no *caput* do artigo 170 da Carta Magna, notadamente com intuito de assegurar a todos existência digna, em harmonia com os ditames da justiça social.

Para Eros Grau, a livre-iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, constitui corolário da valorização do trabalho livre em uma sociedade livre e pluralista. Daí se explica porque o artigo 1º, inciso IV, da Constituição enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtudes individuais da livre-iniciativa e, mais à frente, especificamente no artigo 170, *caput*,

¹⁵⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 794.

põe o trabalho humano e a livre-iniciativa lado a lado, cuidando para que o primeiro seja efetivamente valorizado.¹⁶¹

A livre-iniciativa traduz, nada mais nada menos, do que a opção pela política de produção capitalista, que não se restringe apenas à liberdade de iniciativa econômica. Deve ela, assim, ser compreendida na acepção mais ampla, não se limitando apenas à liberdade econômica ou à liberdade de desenvolvimento de empresa, mas, ao contrário, abrangendo e assumindo todas as demais formas de organização econômica, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVIII, e art. 174, §§ 3º e 4º), a liberdade contratual e a liberdade comercial.¹⁶²

O postulado em apreço pressupõe alguns elementos que lhe dão conteúdo, como a existência de propriedade privada, a liberdade de empresa, a livre-concorrência e a liberdade de contratar.¹⁶³ Apresenta, outrossim, uma conotação normativa positivada, com a liberdade garantida a qualquer cidadão, bem como assume também uma conotação de faceta negativa, “impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa”.¹⁶⁴

O princípio da livre-iniciativa, vale ressaltar, relaciona-se com o princípio da livre-concorrência, porém não é a ele equivalente. O primeiro postulado diz respeito à manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia da sua liberdade econômica. O segundo, por sua vez, tem a ver com as possibilidades dos agentes econômicos disputarem as preferências dos consumidores no mercado.

Celso Ribeiro Bastos professa que o exercício da livre-iniciativa envolve a liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 248.

¹⁶² TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 234-235.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. II, p. 50-51.

¹⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 235.

não sejam as decorrentes do mercado. O consectário natural do princípio em questão é que a atuação do Estado na economia é sempre subsidiária.¹⁶⁵

3.1.2 Livre-concorrência

A livre-concorrência está contemplada no artigo 174, inciso IV, da Carta Maior como um dos princípios básicos da ordem econômica. E, no artigo 173, § 4º, consta que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência.

O princípio da livre-concorrência tem um caráter instrumental ao princípio da livre-iniciativa, porquanto constitui um dos elementos a balizar seu exercício dentro de suas finalidades, possibilitando, num polo, condições favoráveis à atuação dos agentes econômicos e, no outro polo, beneficiando os consumidores.¹⁶⁶

De fato, a livre-concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito a ver com a livre-iniciativa. Só pode existir a livre-concorrência onde há a livre-iniciativa, porém o inverso não é verdadeiro, pois pode existir livre-iniciativa sem livre-concorrência.¹⁶⁷

Conforme observa André Ramos Tavares, “sem concorrência livre não se pode, efetivamente, falar de economia de mercado, de sistema capitalista ou de Estado liberal.”¹⁶⁸

¹⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 113-114.

¹⁶⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 237.

¹⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*, p. 132.

¹⁶⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 256.

A Constituição Federal adotou o regime de economia de mercado e, assumindo essa postura ideológica, garantiu a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio entre os grandes grupos econômicos e assegurar às pequenas empresas o direito de também estar no mercado.¹⁶⁹

A livre-concorrência é atividade competitiva dos diversos agentes que expõem no mercado produtos similares, conduzindo à otimização dos recursos econômicos e à prática de preços justos, em via diametralmente oposta aos lucros arbitrários e aos abusos do poder econômico.¹⁷⁰

Nessa ordem de considerações, os fins precípuos da tutela jurídica da livre-concorrência podem ser observados sob duas perspectivas. Na primeira, o centro das atenções é o consumidor, que é considerado parte vulnerável da relação de consumo e, por conseguinte, necessita de proteção jurídica a ser promovida, em parte, pela tutela da livre-concorrência. Na segunda, a tutela da concorrência serve para assegurar um eficiente e legítimo sistema econômico de mercado.¹⁷¹

Noutros dizeres, significa afirmar que o postulado da livre-concorrência expressa a opção pela economia de mercado, trazendo ínsita a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro lado, propiciarão os melhores resultados sociais, traduzidos em qualidade dos bens e serviços e em preços justos.¹⁷²

Para João Bosco Leopoldino Fonseca, o constituinte optou por um aspecto positivo ao adotar como princípio a liberdade de concorrência, pois até então os textos constitucionais se preocupavam apenas em reprimir o abuso do poder econômico.¹⁷³

¹⁶⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*, p. 90.

¹⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*, p. 133.

¹⁷¹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 257.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, p. 58.

¹⁷³ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*, p. 90.

3.1.3 Função social da propriedade

À luz do artigo 170, incisos II e III, da Constituição da República, a propriedade privada e a função social da propriedade figuram entre os princípios norteadores da ordem econômica.¹⁷⁴

Na esteira da orientação capitalista seguida pelo constituinte, o princípio do respeito à propriedade privada, especialmente dos bens de produção, deve ser interpretado em consonância com aquele previsto no inciso III, pela necessária atenção a sua função social, que também deve ser igualmente aplicada à propriedade dos bens de produção.

Na evolução histórica, partiu-se, inicialmente, de uma concepção coletiva de propriedade, entendida como bem comum de todos, para uma ideia de um direito individual e absoluto, típica do capitalismo e do Estado liberal clássico. Recentemente, houve a relativização do direito de propriedade, que deixou de ser considerado absoluto, acompanhando o deslocamento desse instituto do Direito Privado para o Direito Público.¹⁷⁵

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, a ordem pública é preponderante na disciplina dos direitos reais, estando diretamente relacionada com o conteúdo institucional da propriedade, que varia no tempo e no espaço. Nessa trilha, o renomado civilista pontua que

¹⁷⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – ...'omissis'...;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

(...)

O direito de propriedade encontra, ainda, assento em outros dispositivos constitucionais, tais como artigo 5º, incisos XXII a XXX, artigos 176 a 178, artigos 182 a 186, artigo 191 e artigo 222.

¹⁷⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 148.

“Os ditames fundamentais do direito de propriedade devem vir sempre disciplinados na Lei Maior. A razão de ser da propriedade deve ser buscada em cada país, em cada ordenamento, em cada época, em sua organização política, social e econômica. Em termos gerais, podemos afirmar que, enquanto os direitos pessoais ou obrigacionais são estruturados para satisfazer basicamente às necessidades individuais, os direitos reais buscam o aperfeiçoamento dos estágios políticos, sociais e econômicos, procurando não apenas satisfazer a necessidades individuais, mas também principalmente a coletivas.”¹⁷⁶

Como bem assinala Zulmar Fachin, a propriedade privada não deve se prestar apenas aos interesses do proprietário, mas deve igualmente atender aos interesses da coletividade. Nesse sentido, também não se pode perder de vista a função social da empresa.¹⁷⁷

Indubitavelmente, trata-se da socialização dos direitos individuais, de viés privatista, na qual o uso e a fruição da propriedade privada devem cumprir uma função maior, servindo para o atendimento do bem-estar comum. Consiste, em essência, no condicionamento racional do uso da propriedade privada imposto por força de lei, cuja inobservância legitima a interferência do Estado, que poderá, inclusive, expropriar o bem. Ressalte-se, por oportuno, que essa atuação do Poder Público deve ser sempre implementada dentro dos limites traçados pela lei, não podendo exsurgir em forma arbitrária de depredação da propriedade privada.¹⁷⁸

José Afonso da Silva pondera que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação de propriedade, na medida em que “estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito do mesmo, à propriedade.”¹⁷⁹

¹⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

¹⁷⁷ FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 586.

¹⁷⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*, p. 62.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 284.

Na sistemática da Carta da República, a propriedade será tida como socialmente funcional se, respeitada a dignidade humana, proporcionar o desenvolvimento nacional e mitigar a pobreza e as desigualdades sociais.¹⁸⁰

O artigo 170, inciso III, da Constituição Federal dispõe que um dos princípios que direciona a ordem econômica é a função social da propriedade.¹⁸¹

Considerando que não há distinção entre qualquer espécie de propriedade, impõe-se concluir que esse mandamento constitucional também abarca a função social da empresa.

Nessa linha de raciocínio, Lafayette Josué Petter sustenta que a Constituição “ao estabelecer a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios da ordem econômica, conferiu à propriedade empresária uma função social, ficando toda a normatividade legal imantada por esta singular opção constitucional.”¹⁸²

No entender de Ana Frazão de Azevedo Lopes, a função social da propriedade aplica-se plenamente à empresa, cuja função social guarda relação com as obrigações para com os empregados, os consumidores e a comunidade como um todo.¹⁸³

Nessa senda, não é demais mencionar que o artigo 154, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, ao cuidar da finalidade das atribuições do administrador da companhia, destaca que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe

¹⁸⁰ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, p. 237.

¹⁸¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

(...).

¹⁸² PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, p. 243.

¹⁸³ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 123.

conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”¹⁸⁴ E no artigo 116, parágrafo único, estatui que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”¹⁸⁵

¹⁸⁴ Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

§ 2º É vedado ao administrador:

a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;

b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

§ 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

¹⁸⁵ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Igualmente, no Código Civil também há disposições de mesmo jaez, como se observa, por exemplo, no artigo 1.228, § 1º, o qual reza que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”¹⁸⁶

Inegavelmente, diante do quadro normativo ora referenciado, a função social da propriedade abrange também a empresa, justificando-se, pois, a expressa previsão desse postulado no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011.

3.1.4 Defesa dos consumidores

Um dos elos da economia de mercado é o consumidor e, por isso, deve o Estado criar mecanismos para a sua proteção. A proteção do consumidor tem duas facetas importantes, pois, de um lado, protege-se o consumidor dentro de uma perspectiva microeconômica e microjurídica e, de outro lado, ao Estado interessa, também como uma das formas de preservar e garantir a livre-concorrência, proteger o consumidor mediante políticas econômicas adequadas.¹⁸⁷⁻¹⁸⁸

¹⁸⁶ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º ‘usque’ § 5º ... ‘omissis’...

¹⁸⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*, p. 90.

¹⁸⁸ A Constituição erigiu em princípio da ordem econômica a defesa do consumidor, que, dessa forma, passa a receber uma especial atenção da legislação, tornando mais isonômica a relação de consumo. Além do artigo 170, inciso V, o Texto Maior traz, no elenco do artigo 5º, o inciso XXXII, que preceitua que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*, p. 141).

Lafayette Josué Petter sublinha que a massificação da relação fornecedor-consumidor em decorrência da produção em grandes escalas e a indisfarçável vulnerabilidade do consumidor acabam por ensejar a interferência do Estado nas relações privadas.¹⁸⁹

No plano da legislação infraconstitucional, o princípio da defesa do consumidor veio tomar corpo na Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que, no seu artigo 2º,¹⁹⁰ delimita o conceito de consumidor¹⁹¹ e, no seu artigo 4º, elenca os parâmetros da Política Nacional de Relações de Consumo.¹⁹²

¹⁸⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, p. 260-261.

¹⁹⁰ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁹¹ James Eduardo Oliveira comenta que “o Código de Defesa do Consumidor, ao delimitar o conceito de consumidor com manifesta preferência pela teoria finalista, fundada primordialmente na assimetria entre consumidor e fornecedor, não permite a expansão dos seus domínios normativos a situações ou relações jurídicas de natureza empresarial.” (*Código de Defesa do Consumidor – anotado e comentado – doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5).

¹⁹² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

À evidência, na delimitação do Código de Defesa do Consumidor, houve preocupação de assegurar o equilíbrio dos interesses em jogo, com prevenção da posição da concorrência e tipificação das práticas abusivas, paralelamente à estimulação de mecanismos de autorregulamentação do mercado, que permanece sob contínua fiscalização para detectar eventuais mudanças e medidas corretivas.¹⁹³

No campo do direito da concorrência, a proteção do consumidor diz respeito ao preço dos produtos e serviços, ao seu acesso a alternativas de escolha e aos demais benefícios decorrentes de um mercado competitivo, como, por exemplo, a qualidade dos produtos e serviços.

Ana Maria Nusdeo aponta que as políticas antitruste podem adotar três tipos de abordagens com relação à conciliação entre os interesses dos consumidores e a eficiência econômica. Primeiramente, os interesses dos consumidores podem ser totalmente desprezados em função da eficiência ou, em termos mais amplos, do crescimento econômico.¹⁹⁴ Em segundo lugar, os interesses dos consumidores podem ser tomados primordialmente, combatendo-se quaisquer condutas que pudessem ameaçá-los.¹⁹⁵ Por fim, uma terceira posição procura harmonizar os

V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo.

¹⁹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed., rev., atual. e ampliado por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28.

¹⁹⁴ Segundo a autora, tal situação é impensável nas modernas legislações antitruste, que incorporam valores de democracia econômica nos quais se incluem a proteção ao consumidor. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 249).

¹⁹⁵ De acordo com a autora, não se conheceu historicamente atitude dessa natureza, pelo menos com caráter de permanência. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 249).

interesses dos consumidores com a necessidade de aumento do bem-estar geral da sociedade, por meio do aumento da produtividade e da inovação e da alocação eficiente dos recursos. Nesse caso, a permissão às condutas e operações assim consideradas dependeria do cumprimento de três condições: (i) a operação deve oferecer um aumento significativo da eficiência produtiva ou inovativa; (ii) a atividade deve ser necessária para a obtenção da eficiência apontada e, entre diversas alternativas razoáveis, ser a menos lesiva aos consumidores; (iii) a operação não deve suprimir a rivalidade entre as empresas concorrentes, mas deve permitir um futuro restabelecimento das condições de concorrência afetadas.¹⁹⁶

Pelas diretrizes traçadas no artigo 88, §§ 5º e 6º, da Lei nº 12.529/2012,¹⁹⁷ a atual lei de proteção da concorrência adotou a terceira posição, na mesma direção do que já previa o artigo 54, § 1º, da Lei nº 8.884/94.¹⁹⁸

¹⁹⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 249-250.

¹⁹⁷ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

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

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

§ 1º ‘usque’ § 4º ... ‘omissis’...

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

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

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

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

¹⁹⁸ 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.

Evidentemente, no âmbito da lei antitruste, os interesses do consumidor assumem maior relevância quando se cuida do controle dos atos de concentração de empresas, sendo, inclusive, alçados à condição de legitimadores de condutas, desde que respeitadas as condições legais. Nesse particular, Heloísa Carpena esclarece que a lei antitruste confere alta relevância aos efeitos que o ato de concentração produz ou é capaz de produzir no mercado, elencando as condições de caráter extraordinário para a sua aprovação. Esses requisitos devem se fazer presentes simultaneamente, não se prescindindo, pois, da demonstração do benefício gerado aos consumidores para a legitimação da concentração.¹⁹⁹

3.1.5 Repressão ao abuso de poder econômico

O poder econômico é um fenômeno inerente ao sistema de mercado e a doutrina o define como a possibilidade de exercício de uma influência notável por parte da empresa dominante, que, produzindo efeitos na conduta das demais concorrentes, subtrai-se à influência dessas últimas, sendo delas independente em alto grau.²⁰⁰

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

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

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

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

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

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

¹⁹⁹ CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 230-231.

²⁰⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 241.

Na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, a posição dominante deve ser entendida como “a detença do controle de parcela substancial de mercado relevante por parte de empresa ou grupo de empresas, na qualidade de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.”²⁰¹

Como se verifica diuturnamente, o exercício abusivo do poder econômico cria e propicia distúrbios e ineficiências semelhantes àqueles típicos de mercados monopolizados.²⁰²

A Carta Política vigente estabelece no artigo 173, § 4º, a diretriz de que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.²⁰³ Assim, o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício desse poder de forma regular, desde que com a devida observância dos mandamentos regentes da mesma ordem econômica.²⁰⁴

A consagração da livre-iniciativa e da livre-concorrência como ditames constitucionais não exclui a atuação do Estado no domínio econômico, seja exercendo sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF), seja atuando para a preservação da própria livre-concorrência, como agente repressor dos abusos do poder econômico.²⁰⁵

²⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 820.

²⁰² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 241.

²⁰³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º ‘usque’ § 3º ... ‘omissis’...

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

²⁰⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 129.

²⁰⁵ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 136.

Nas palavras de Ana Frazão de Azevedo Lopes, foi necessário delimitar o próprio objeto do direito da concorrência, o chamado poder econômico, também definido como posição dominante, identificando-o a partir de dois conceitos fundamentais: (i) a independência do agente econômico relativamente aos concorrentes e consumidores; (ii) a capacidade do agente econômico de influenciar, mediante atos individuais, o mercado como um todo, com prevalência de sua vontade na condução da atividade econômica.²⁰⁶

A ideia de poder econômico é incompatível com o modelo de concorrência perfeita, visto que tal regime pressupõe a existência de grande multiplicidade de vendedores e compradores, de maneira que nenhum deles possa individualmente influenciar o mercado.

Desde o início do século XX, constatou-se que a concorrência perfeita não passava de uma utopia, notadamente porque a concentração do poder econômico decorria da desigualdade de desempenho entre os agentes econômicos e do fato de as economias de escala demandarem uma maior concentração de capital produtivo. Assim, nesse contexto, a noção clássica de concorrência perfeita foi perdendo força, ao mesmo tempo em que o mercado constituído por empresas de expressivo poder econômico foi sendo reconhecido como fenômeno sem anomalias e até mesmo como algo positivo e benéfico para estimular a competitividade das empresas na ordem internacional.

Posteriormente, superada essa etapa, houve necessidade de se adotar critérios que diferenciasssem o exercício regular da posição dominante do exercício abusivo, bem como critérios que preservassem o mínimo de concorrência para se evitar monopólios e práticas indesejáveis. O direito da concorrência voltou-se, então, a assegurar um modelo de livre-concorrência mais condizente com a realidade do poder econômico, regime que passou a ser conhecido como concorrência praticável ou *workable competition*.²⁰⁷

²⁰⁶ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*, p. 174-175.

²⁰⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*, p. 175-180.

Decorrentemente, o que se pode concluir é que a atividade antitruste do Estado visa à preservação da livre-concorrência. Nessa direção, sustenta Sérgio Bruna que

“...não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos.”²⁰⁸

3.2 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A defesa da livre-concorrência no Brasil teve sua gênese na proteção à economia popular e a primeira lei dessa natureza foi o Decreto-lei nº 869, de 18/11/1938, que definia e penalizava crimes contra a economia popular. Preceituava a punição penal a práticas que envolvessem a manipulação dos mercados e a eliminação da concorrência, tendo estabelecido, ainda, alguns dispositivos pertinentes à concentração de empresas. O artigo 2º do aludido decreto-lei estabelecia como crime a promoção ou participação em consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais com o fim de impedir ou dificultar a concorrência e propiciar o aumento arbitrário de lucros. Proibia-se, também, o exercício de funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa do mesmo ramo com o fim de impedir ou dificultar a concorrência.

Na sequência, sucedendo o Decreto-lei nº 869 de 1938, houve a promulgação do Decreto-lei nº 7.666, de 22/06/1945, que teve curtíssima duração, ou seja, pouco menos de três meses. Embora tenha tido pouco tempo de vigência, o referido decreto-lei teve uma influência importante na legislação antitruste brasileira, especialmente ao

²⁰⁸ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 137.

introduzir o conceito de abuso de poder econômico. Além disso, tratava da matéria da defesa da concorrência de forma mais sistematizada e criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) para apurar práticas ilícitas e determinar a aplicação de sanções, trazendo a matéria mais para o campo administrativo.

A Constituição de 1946 trouxe, pela primeira vez, dispositivo referente ao abuso de poder econômico (artigo 148),²⁰⁹ criando as bases para a promulgação de uma nova lei antitruste. O projeto de nova lei de defesa da livre-concorrência, em regulamentação ao artigo constitucional, ficou conhecido como o Projeto 122/48 e propunha a adoção de diretrizes norte-americanas, com as devidas adaptações à realidade brasileira. Houve longos debates no tocante à conveniência de uma lei de proteção à concorrência, questionando-se até que ponto o fortalecimento dos agentes econômicos brasileiros, por meio de combinações e ajustes, não seria favorável ao desenvolvimento econômico, assim como os *trusts* haviam sido na evolução da economia norte-americana. Os debates conduziram à conclusão de que a disciplina de uma lei antitruste deveria cingir-se ao abuso do poder econômico por parte das empresas dominantes, evitando colocar obstáculos ao processo de concentração, tido então como natural numa economia capitalista.

No sentir de Paula Forgioni, não é simples e fácil ao jurista sistematizar a evolução histórica das normas antitruste, ainda mais considerando o cipoal de diplomas existentes para proteger os mais diversos interesses mediatamente compatíveis. Trata-se, por exemplo, do caso da Lei nº 1.521, de 26/12/1951, que, embora se refira, em sua epígrafe, à alteração de dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular, contém regras antitruste no artigo 3º, inciso III, ao condenar o acordo entre empresas “com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”, e também no inciso V do mesmo dispositivo legal, ao vedar a prática de preços predatórios (“vender mercadorias abaixo do preço de custo”).²¹⁰

²⁰⁹ Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

²¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 107.

Em 10/09/1962, foi promulgada a Lei nº 4.137, que, em seu artigo 8º, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com competência para aplicar a lei, investigar e reprimir os abusos do poder econômico. O artigo 74, por sua vez, estabelecia a necessidade de aprovação e registro no CADE de atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios. Com esse dispositivo, estabelecia-se um mecanismo de controle de atos de concentração.

Nessa passagem, calha acentuar que o CADE enfrentou problemas na concretização das disposições da Lei nº 4.137/1962 em decorrência da atuação do Poder Judiciário. Boa parte das decisões do Conselho acabou tendo os seus efeitos suspensos em mandados de segurança, que foram impetrados pelas empresas condenadas na esfera administrativa. Diante desse quadro, o CADE passou a ser visto pelo empresariado como órgão inoperante ou que, se algo fazia, não era nada de muita relevância.²¹¹

Tendo como escopo dar agilidade aos procedimentos administrativos da Lei nº 4.137/1962, foi editada a Medida Provisória 204, de 1º/08/1990, posteriormente convertida na Lei nº 8.158, de 8/01/1991, pela qual transferiram-se à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, a apuração e a proposição de medidas cabíveis para a correção de comportamentos lesivos à concorrência.

O artigo 13 da Lei nº 8.158/1991 alterou substancialmente o artigo 74 da Lei nº 4.137/1962, estabelecendo à anuência da SNDE, ao invés do CADE, os ajustes, acordos ou convenções que pudessem limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, incluindo as operações de concentração econômica que implicassem a participação de empresas ou grupos de empresas resultante em parcela de 20% de um mercado relevante de bens ou serviços.

A Lei nº 8.158/1991 reforçou os mecanismos de controle prévio de atos potencialmente prejudiciais à livre-concorrência, atribuindo ao Executivo a

²¹¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 116-117.

possibilidade de uma interferência preventiva para coibir práticas lesivas ao mercado. A lei antitruste adquiriria, assim, um caráter regulador da economia e da promoção da livre-concorrência, inserindo-se cada vez mais num quadro de Direito Econômico, ao invés de permanecer nos limites das normas de caráter penal.²¹²

Sob a égide da Lei nº 8.158/1991, as decisões emanadas do CADE tiveram incremento na qualidade técnica e alguns casos rumorosos julgados por esse Conselho ganharam repercussão nos meios de comunicação, reforçando a existência de uma “autoridade antitruste” no Brasil.²¹³

A promulgação da Lei nº 8.884, de 11/06/1994, estabeleceu um novo marco na evolução da legislação antitruste no Brasil, dando sequência à nova fase de revigoração iniciada com a edição da Lei nº 8.158/1991.

O diploma de 1994 sistematizou a matéria antitruste e transformou o CADE em autarquia federal, com direito a orçamento próprio. Também implementou o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” – SBDC, composto pelo CADE, pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela SDE – Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça. Podem ser destacados como aspectos positivos desse diploma legal: (i) a consolidação do controle das concentrações empresariais; (ii) a consolidação do controle dos cartéis; (iii) o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e (iv) o aumento da atuação do Ministério Público na seara antitruste.²¹⁴

Por fim, a Lei nº 12.529 foi editada em 30/11/2011 e passou a vigorar a partir de 02/06/2012. Esse novel diploma trouxe inovações, podendo ser alinhadas como as principais: (i) a reestruturação do SBDC; (ii) a imposição de dever de apresentação prévia dos atos de concentração; (iii) o aumento do poder da Administração Pública; (iv) a modificação da forma de cálculo das multas por

²¹² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 217-224.

²¹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 120.

²¹⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 122.

infração à ordem econômica e (v) o aumento dos recursos materiais à disposição do SBDC.²¹⁵

3.3 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC À LUZ DA LEI Nº 12.529/2011

A Lei nº 12.529/2011 disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, do qual fazem parte o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda.²¹⁶

O CADE, por sua vez, é constituído por três órgãos: (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, (ii) a Superintendência-Geral e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem como objetivo precípuo promover “uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a disputa saudável e transparente por parcela de mercado relevante, com base na legislação vigente.”²¹⁷

²¹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 123.

²¹⁶ Considerando a sensível evolução ocorrida na seara antitruste nos últimos anos, é oportuno traçar, neste espaço, breves comentários a respeito da revogada Lei nº 8.884/94. Com efeito, o controle dos atos de concentração era disciplinado pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94, que continha redação bem próxima à do artigo 74 da Lei nº 4.137/62, após a emenda introduzida pela Lei nº 8.158/91. Essa lei antitruste apresentou uma função preventiva e uma função repressiva, que foram exercidas pelo CADE. O Título V da lei (artigo 15 e seguintes) cuidava das infrações à ordem econômica, com intuito claramente repressivo dos atos, sob qualquer forma manifestados, que tivessem por objeto ou pudessem produzir os efeitos dados pela lei como violadores da livre-concorrência. Por sua vez, o Título VII (a partir do artigo 54), que regulava o controle, pelo CADE, dos atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, tinha caráter preventivo, uma vez que objetivava coibir a prática de atos que tivessem por finalidade falsear a livre-concorrência. (PROENÇA, José Marcelo Martins. Artigos 54 a 57. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos – comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 375).

²¹⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*, p. 226.

De acordo com Leonardo Vizeu Figueiredo, a atuação do Sistema Brasileiro de Proteção à Concorrência segue três vertentes basilares, a saber: (i) o controle de estruturas de mercado, mediante apreciação de atos de concentração, tais como, por exemplo, fusões e aquisições entre empresas; (ii) a repressão a condutas e atitudes anticompetitivas; e (iii) a promoção da cultura da concorrência.²¹⁸

Nesse horizonte, vale trazer à baila uma reflexão sobre o teor do artigo 31 da Lei nº 12.529/2011, que dispõe que “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.”²¹⁹

Nos termos da nova lei antitruste, qualquer um que possa praticar ato restritivo da concorrência deverá se submeter às suas disposições, sejam entes públicos ou privados. Cabe atentar ao fato de que a lei em questão disciplina as condutas de agentes econômicos no mercado, não abarcando, todavia, a implementação de políticas públicas pelos entes da Administração. Isso implica dizer que a Administração, quando no desempenho de suas funções, leiam-se deveres/poderes, não se submete à Lei nº 12.529/2011 como os agentes econômicos que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito. A Administração apenas se sujeita à lei antitruste “apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de ‘atividade econômica em sentido estrito’”.²²⁰

Paula Forgioni assevera que as práticas antitruste são classificadas da seguinte forma: (i) acordos horizontais ou verticais; (ii) abuso de posição dominante e (iii) concentrações.²²¹

²¹⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*, p. 226.

²¹⁹ Art. 31. 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.

²²⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 144-145.

²²¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 129.

O artigo 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011 faz referência a “atos, sob qualquer forma manifestados”, incluindo, portanto, toda e qualquer conduta que possa, de alguma maneira, prejudicar a concorrência, sem distinção entre acordos, abusos ou concentrações.²²²

Para que um ato seja contrário à ordem econômica, basta que tenha por objeto ou produza um dos seguintes efeitos: (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 ou (iv) exercer de modo abusivo posição dominante.

O § 3º do artigo 36 relaciona algumas condutas de forma exemplificativa, que, caso impliquem a simultânea incidência do *caput* e seus incisos, configuração infrações à ordem econômica.²²³ Cabe esclarecer que, no Brasil, não há “infração

²²² Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

²²³ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

§ 1º ‘usque’ § 2º ... ‘omissis’...

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

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

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

per se” e as condutas descritas no aludido § 3º, para serem consideradas ilícitas, precisam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, nos termos

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

do *caput* do artigo 36.²²⁴ De outra margem, a prática não prevista de modo expresso no § 3º, caso seja restritiva da concorrência, será declarada ilícita, bastando, para tanto, a comprovação da incidência do disposto no *caput* do artigo 36.

Quanto à delimitação do que vem a ser posição dominante no mercado, o § 2º do artigo 36 aduz que “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.”

No que toca aos atos de concentração de empresas, o artigo 88 disciplina a matéria. Aliás, a leitura fria e literal do *caput* desse dispositivo levaria, num primeiro momento, à equivocada conclusão de que todas as concentrações de agentes econômicos seriam tidas por maléficas ao mercado. Entrementes, a verdade é que certas concentrações trazem benefícios à economia e aos consumidores, razão pela qual a lei antitruste em vigor admite, em seu artigo 88, § 6º, que alguns atos de concentração sejam autorizados.²²⁵

²²⁴ Paula Forgioni traz à baila um exemplo de uma pequena venda situada no centro de Porto Alegre que, no intuito de atrair a clientela, oferece escovas de dente abaixo do preço de custo. Conquanto a prática em si esteja arrolada no artigo 36, § 3º, inciso XV, da Lei Antitruste, a conduta em apreço não configurará infração à ordem econômica, visto que, além de não restringir a concorrência, não ocasionou aumento arbitrário de lucros e muito menos domínio de mercado. (*Os fundamentos do antitruste*, p. 133).

O artigo 36, § 3º, inciso XV, da Lei nº 12.529/2011 dispõe “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

²²⁵ Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

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

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

§ 1º ‘usque’ § 4º ... ‘omissis’...

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

A autoridade antitruste brasileira, ao aprovar a prática concentracionista, deve sopesar os efeitos anticoncorrenciais (aumento de preços, redução de oferta...) e as eficiências (mercado, economia nacional e consumidores), sempre atentando-se para os limites legais, entre eles, a não eliminação de concorrência de parte substancial do mercado relevante. Na doutrina fala-se em eficiência alocativa e produtiva. A primeira, também denominada eficiência paretiana, diz respeito ao bem-estar da sociedade em geral, vez que a reorganização de produtos e serviços no mercado é eficiente na medida em que pelo menos uma pessoa tenha sua situação melhorada sem que para isso outra tenha a sua piorada. A segunda eficiência, por sua vez, refere-se ao aumento natural da produção no regime de livre-concorrência, mediante redução de custos.

O conceito de equidade, por seu turno, está próximo da noção de justiça distributiva e essa vertente deve ser utilizada para ordenar situações econômicas alternativas, em uma escala maior ou menor, com o objetivo de concretizar o bem-estar social, em consonância com os princípios da ordem econômica constitucionalmente assegurados. Assim, nas alocações de recursos deve haver uma distribuição equitativa dos ganhos, de modo a manter o equilíbrio entre o agente econômico e o consumidor, o que corresponde a uma maximização de lucros a partir do aumento de produtividade, minimização de custos, criação de métodos de produção de bens e serviços de boa qualidade a preços razoáveis.²²⁶

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.”

²²⁶

BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de empresas no direito brasileiro*, p. 147.

3.4 ATUAÇÃO DO CADE E CRITÉRIOS DE CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

Nos termos do artigo 4º da Lei nº 12.529/2011, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é uma entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal.²²⁷

Essa autarquia, como assinalado alhures, é formada pelos seguintes órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral e (iii) Departamento de Estudos Econômicos.²²⁸

O CADE figura como ente administrativo autônomo, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.²²⁹

Aquele que se sentir prejudicado por alguma decisão administrativa do CADE poderá recorrer ao Poder Judiciário. Conquanto essa autarquia, por ser entidade da Administração Pública, possua atribuições para apreciar atos de concentração e

²²⁷ Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

²²⁸ Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II – Superintendência-Geral; e

III – Departamento de Estudos Econômicos.

²²⁹ José dos Santos Carvalho Filho anota que as denominadas agências reguladoras são entidades com típica função de controle, como são, por exemplo, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427/1996), a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) e a ANP – Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478/1997). O autor registra, ainda, que “há autarquias que, conquanto não instituídas com tal nomenclatura, são consideradas agências reguladoras, não apenas pela função de controle que executam, como também pela similaridade quanto à fisionomia jurídica das entidades. É o caso do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei nº 8.884, de 11/06/94) e da CVM – Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 07/12/76).” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 532).

julgar processos de infrações à ordem econômica, não afasta a possibilidade de atuação do Judiciário em questões concorrenciais.²³⁰

Releva ponderar que, embora a lei antitruste refira-se ao CADE como uma entidade judicante, essa autarquia federal não se reveste da condição de órgão judicante *stricto sensu*, haja vista que a função jurisdicional ou jurisdição compete exclusivamente ao Poder Judiciário.²³¹⁻²³² O CADE é uma autarquia federal que deve obediência aos princípios da Administração Pública, servindo de instrumento do Poder Executivo para implementação e fiscalização de suas políticas econômicas.²³³

No entender de Amanda Flávio de Oliveira, a transformação da natureza jurídica do CADE concedeu-lhe a força e a independência de que necessitava para atuar nos processos envolvendo matéria concorrencial. Afirma, ainda, que as decisões do CADE, embora sejam passíveis de reexame na órbita judicial, merecem ser observadas pelos magistrados, uma vez que derivadas de uma entidade especializada.²³⁴

Luís Roberto Barroso, ao se pronunciar sobre a extensão e a profundidade do reexame judicial, sustenta que, em tese, o Judiciário poderá rever as decisões administrativamente proferidas sobre matéria de concorrência, porém “essa revisão judicial dificilmente abrangerá todo o mérito da questão concorrencial decidida pela

²³⁰ OLIVEIRA, Amanda Flávio. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 34-35.

²³¹ ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 17.

²³² Bruno Falcone, em seu artigo nominado “Revisão judicial das decisões do CADE em atos de concentração”, analisa a questão, expondo que “judicante, pois, seria o método de atuação do CADE e não a função por ele exercida, vez que puramente administrativa. A propósito, ao contrário de impor todas as formalidades aplicáveis aos órgãos judiciários, o método judicante de atuação do CADE se propõe exatamente a viabilizar o exercício da função administrativa com vistas à realização do interesse público.” (In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011. p. 143).

²³³ NAZZAR, Nelson. *Direito econômico*, p. 98.

²³⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávio. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*, p. 34-35.

autarquia. Ou seja: a decisão do CADE sobre o ponto, no mais das vezes, será não apenas única e última na esfera administrativa, como também final.”²³⁵

Para José Inácio Franceschini, a autarquia em comento é auxiliar do Poder Judiciário, uma vez que suas decisões são verdadeiros laudos técnicos especializados, a serem submetidos ao crivo da autoridade judiciária.²³⁶⁻²³⁷

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Devido processo legal e direito administrativo sancionador – algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do CADE. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012. p. 124.

²³⁶ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 25.

²³⁷ Nesse ponto, é interessante destacar o estudo empreendido por Giovanna Mayer acerca das demandas apreciadas pelo Poder Judiciário no âmbito do direito antitruste. Em seu artigo intitulado “O direito antitruste brasileiro e o papel do Poder Judiciário”, a jurista traça considerações no sentido de que o Judiciário não se sente à vontade para avaliar o mérito das decisões do CADE, concentrando seus esforços em questões procedimentais ou, quando muito, reiterando e chancelando a decisão da autarquia sob o argumento da discricionariedade técnica. Na visão da autora, “por mais que o Judiciário tenha deficiências na hora de explorar o mérito administrativo, não é possível colocar certas matérias como não reapreciáveis pela Justiça. O controle de atos é função típica do Judiciário e, por vezes, esbarrará em questões de mérito de alta complexidade. É por isso que existem as perícias, as audiências para indagação de peritos, o papel dos assistentes técnicos e as audiências públicas. Portanto, cada vez mais o Judiciário tem que investir na formação de juízes aptos a julgar matérias envolvendo economia. É claro que todo esse procedimento demanda tempo. No entanto, esse é o preço que todos temos que pagar por viver em um Estado Democrático de Direito.” (*Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83516>>. Acesso em: 9 abr. 2013).

Outro estudo interessante foi levado a efeito por Andressa Lin Fidelis, que, no artigo nominado “A revisão judicial das decisões do CADE – o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste”, assinala que, no Brasil, o Poder Judiciário tem tido dificuldades em apreciar o mérito das demandas, priorizando a análise de aspectos processuais, o que torna a sua atuação bem diferente daquela dos Tribunais dos EUA e da Comunidade Europeia, onde o Judiciário ostenta papel ativo e construtor da política antitruste. Segundo a autora, “a revisão judicial das decisões do CADE, para que se verifique uma real efetivação da política da concorrência, ainda tem um longo caminho a percorrer. Para tanto, a cultura do direito da concorrência ainda tem que ser melhor incorporada no Judiciário, de modo que as empresas se sintam incentivadas a rediscutir a matéria antitruste não pelo intuito de postergar o cumprimento da decisão administrativa, mas para levar suas questões a uma instância preparada para resolver em tempo econômico e com qualidade de análise as lides concorrenciais.” (*Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 20, jul. 2011. Disponível em: <[http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/docu ment](http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/docu%20ment)>. Acesso em: 9 abr. 2013).

Nessa toada, Paula Forgioni noticia que, de fato, houve aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE, pois, em que pese os equívocos e exageros naturais a uma agência em fase de consolidação, ao longo do tempo houve elevação da qualidade das análises empreendidas, assim como houve sensível aprimoramento das investigações conduzidas.²³⁸ No mesmo sentido é o entendimento de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues.²³⁹

A Lei nº 12.529/2011 destacou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a atribuição para aprovar determinadas práticas concentracionistas.

Na revogada Lei nº 8.884/94, o grau de concentração do mercado era avaliado antes e depois do ato. Apuravam-se as parcelas de mercado de seus participantes, nos moldes do disposto no seu artigo 20, §§ 2º e 3º.²⁴⁰ Essa lei fixava, no seu artigo 54,²⁴¹ dois critérios quantitativos para a necessidade de comunicação

²³⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 122.

²³⁹ No entender de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, “apesar de, com base na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), qualquer indivíduo poder propor uma ação perante juízo para rever as decisões definitivas do CADE, nenhum desses casos foi revertido em juízo. Uma boa parte desse resultado deve ser atribuído à melhora da abordagem técnica realizada pelas autoridades antitruste brasileiras em diversos processos existentes.” (*Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112).

²⁴⁰ 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 ‘usque’ IV – ... ‘omissis’...

§ 1º ... ‘omissis’...

§ 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.

²⁴¹ 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 ... ‘omissis’...

§ 2º ... ‘omissis’...

prévia ao CADE dos casos que envolvessem qualquer forma de concentração de empresas por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário: (i) atos de concentração que implicassem participação de empresas ou grupo de empresas resultante em 20% do mercado relevante e (ii) atos de concentração entre empresas, das quais pelo menos um participante tivesse faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Nos dois critérios partia-se de uma presunção relativa, que funcionava como um indício de uma situação de domínio. Por se tratar de indício, esse fator não podia ser considerado um elemento exclusivo na apreciação. Deveria haver, isto sim, a avaliação das condições para o exercício do poder de mercado, identificando-se os fatores que o inibiam, tais como a possibilidade de entrada de novos agentes no mercado e a inexistência de barreiras à entrada. Deveriam ser considerados, também, os efeitos das eficiências do ato de concentração, que podiam corresponder à introdução de uma nova tecnologia, redução dos custos de transação, etc. A conjugação de todos esses elementos permitia o conhecimento dos motivos determinantes da conduta e do desempenho do setor.²⁴²

A lei antitruste brasileira anterior fazia referência a 20% (vinte por cento) do mercado relevante como a participação mediante a qual se presumia que seu titular estivesse em posição dominante. Tratava-se de presunção relativa, que admitia prova em contrário. Nos dizeres de Sérgio Varella Bruna, “nem poderia ser outra a conclusão, já que, como se viu anteriormente, a análise econômica indica outros

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

²⁴² BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de empresas no direito brasileiro*, p. 131.

fatores também extremamente relevantes na mensuração do poder econômico, que não somente a participação no mercado”.²⁴³

Relativamente ao tema, Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues informam que, entre outubro/1994 e novembro/2011, o CADE emitiu 04 (quatro) decisões de rejeição (ou veto) de atos de concentração desde a publicação da Lei nº 8.884/94: (i) Polimix Concreto Ltda/Cimento Tupi S/A (Ato de Concentração nº 08012.002467/2008-22); (ii) Compagnie de Saint-Gobain/Owens Corning (08012.001885/2007-11); (iii) Nestlé Brasil Ltda/Chocolates Garoto S/A (08012.001697/2002-89) e (iv) Usina Nova América S/A *et al.* (08012.002315/1999-50).²⁴⁴

Entre os casos acima elencados, o da Nestlé/Garoto teve grande repercussão na mídia e no meio jurídico.²⁴⁵ Em 2004, o CADE rejeitou a fusão entre a Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, por entender que acarretaria elevada concentração econômica no mercado de chocolates. Nesse caso, consoante observam Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, “estabeleceu-se um precedente que limitou bastante as eficiências demonstráveis ao ponto de, para ser consideradas suficientes para aprovar uma operação, terem de refletir uma redução dos preços dos produtos envolvidos na operação.”²⁴⁶ E, nas palavras de Ian Ramalho Guerriero, “o caso da compra da Garoto pela Nestlé, que geraria uma forte

²⁴³ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 117.

²⁴⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 121.

²⁴⁵ É oportuno mencionar que José Del Chiaro Ferreira da Rosa e Priscila Brólio Gonçalves examinaram e estudaram, com profundidade, a decisão proferida pelo CADE por ocasião do julgamento da operação de aquisição da Garoto pela Nestlé, conforme pode-se conferir no artigo intitulado “O CADE, a concorrência e a operação Nestlé-Garoto”. Segundo os autores, “a decisão do CADE foi tecnicamente a mais acertada para o caso analisado, representando não apenas o amadurecimento institucional do órgão, mas também e principalmente um importante passo no sentido do desenvolvimento da cultura da concorrência no Brasil. O CADE, sob todos os aspectos, cumpriu as funções para as quais foi criado.” (*Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2007, n. 245, maio/ago. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIprintcntd.aspx?pdiCntd=68198>>. Acesso em: 9 abr. 2013).

²⁴⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 121.

concentração no mercado de chocolates, é o que de fato inaugura o uso de modelos de simulação como evidência na análise antitruste no Brasil.”²⁴⁷⁻²⁴⁸

Por sua vez, o artigo 36, § 2º, da Lei nº 12.529/2011, ora em vigência, preconiza que “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”²⁴⁹

No entender de Roberto Domingos Taufick, a nova lei encerra um critério abstrato e outro concreto para a aferição do poder de mercado. Cuida o critério abstrato da verificação do controle de 20% ou mais do mercado relevante, sendo ele

²⁴⁷ GUERRIERO, Ian Ramalho. Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação nos casos AMBEV, NESTLÉ-GAROTO e CVRD. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 15, jan. 2007. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

²⁴⁸ Outro caso famoso foi o da operação de aquisição da pela Perdigão por meio de incorporação de ações, dando origem à empresa BR Foods. O próprio CADE classificou esse ato de concentração como um dos mais complexos já apreciados desde que passou a vigorar a Lei nº 8.884/94. Após diversas negociações, a operação foi aprovada mediante celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) entre o CADE e as requerentes, mormente com vistas a prevenir danos à concorrência e aos consumidores brasileiros. A BR Foods, empresa resultante dessa operação, assumiu compromissos de alienar marcas (Doriana, Delicata e Fiesta, por exemplo), alienar fábricas de alimentos processados, alienar abatedouros de suínos e aves e suspender o uso da marca Perdigão, em território nacional, por prazo determinado a certos produtos, entre outras obrigações (Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18).

²⁴⁹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º ... ‘omissis’...

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

ajustável de acordo com a averiguação procedida pelo CADE para aferir se 20% de participação seriam suficientes, em tese, para caracterizar o domínio de mercado.²⁵⁰ O critério concreto, por sua vez, pauta-se pela verificação empírica da capacidade que um agente econômico possui de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. Consiste em aferir a capacidade que um agente tem de influenciar o comportamento do mercado. Nesse caso, não há que se aventar a presunção de poder de mercado, mas sim a aferição, mediante a atuação do CADE, se houve abuso da comprovada posição de mercado.²⁵¹

A análise concreta tem prevalência sobre a abstrata. E a conclusão será no sentido de que um determinado agente detém poder de mercado, caso reste constatado que, embora tenha baixa participação de mercado, ele ainda assim consegue impor influência no comportamento dos outros agentes econômicos pelo exercício de sua atividade.²⁵²

Os incisos I e II do artigo 88 trazem a seguinte redação:

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

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

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no

²⁵⁰ Consoante o autor, é perfeitamente possível que determinada empresa tenha posição dominante com 20% ou até menos, normalmente ocorrendo essa situação em mercados pouco concentrados ou atomizados/pulverizados. Essa mesma pulverização torna possível questionar se a participação relativamente baixa de mercado decorre da elevada elasticidade-preço da demanda e, pois, da baixa fidelidade do consumidor a determinado *player*, o que, por conseguinte, afastaria a existência de poder de mercado. (Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei nº 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência, p. 183).

²⁵¹ TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 183.

²⁵² TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*, p. 183.

País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

Pondo em paralelo o dispositivo acima referenciado com os termos da revogada Lei nº 8.884/1994, verifica-se que houve inovação quanto aos critérios de submissão de atos de concentração à apreciação do CADE, pois houve eliminação do critério de participação de mercado.

A supressão desse critério na legislação brasileira vem ao encontro das recomendações e da revisão feita por pares e pela OCDE, cujos estudos apontaram que critérios de submissão vinculados à análise de participação de mercado de empresas traziam à tona elementos subjetivos relacionados à definição de mercado relevante, dando azo às incertezas e à insegurança jurídica no âmbito do sistema concorrencial.²⁵³

Outro ponto que merece ser realçado é a inovação quanto à obrigatoriedade de se submeter à apreciação do CADE o ato de concentração quando pelo menos um dos grupos envolvidos na operação atingir os valores de faturamento bruto anual ou de volume de negócios preestabelecidos no artigo 88 da novel lei antitruste. Ressalte-se que o Brasil é o território a ser considerado para fins de apuração e aplicação do critério de faturamento bruto.²⁵⁴

Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli advertem que não houve definição técnica de “volume de negócios”, de maneira que caberá às autoridades concorrenciais avaliar e estabelecer se pretendeu o legislador, por

²⁵³ Estudo denominado “Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares – 2010”, no qual o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi objeto de revisão pelos pares (*peer review*) no Fórum Global da Concorrência, que ocorreu em Paris nos dias 18 e 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

Ademais, segundo Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli, a exclusão do critério de participação de mercado segue, também, modelos adotados nos Estados Unidos e Comunidade Europeia, onde há critérios de submissão objetivos, tais como, por exemplo, informações sobre faturamento, valor de ativos e valor de vendas dos participantes (*Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 276).

²⁵⁴ ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 276-279.

exemplo, aferir “não somente o faturamento bruto registrado pelas empresas no País, como também o volume de negócios advindo de exportações ao mercado local, ou valores de seus ativos no País.”²⁵⁵

O § 1º do artigo 88 determina que os valores expressos nos incisos do *caput* poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do CADE, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

Insta observar que, na esteira do que preceitua o dispositivo acima referenciado, houve a publicação da Portaria Interministerial nº 994/2012 em 31/05/2012, alterando os valores para efeitos de submissão obrigatória de atos de concentração à análise do CADE. Logo, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passaram a ser de R\$750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 e de R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do artigo 88 da mesma lei.²⁵⁶

Uma importante alteração consta no § 2º do artigo 88, que estatui que o “controle dos atos de concentração de que trata o ‘caput’ deste artigo será prévio e

²⁵⁵ ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 279.

²⁵⁶ Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012:

Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

O Ministro de Estado da Justiça e o Ministro de Estado da Fazenda no uso da atribuição que lhes conferem o § 1º do art. 88, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, resolvem:

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

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

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

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.”

Nesse particular, resta indubitoso que a alteração de um regime *a posteriori* de notificação para um regime *a priori* ressoa como uma novidade positiva na forma e no procedimento de controle dos atos de concentração de empresas no Brasil.

O sistema de notificação prévia incorporado à lei antitruste está em linha com as melhores práticas internacionais, como aquelas adotadas pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e *Federal Trade Commission* (Estados Unidos) e pela Diretoria Geral de Concorrência (União Europeia).²⁵⁷⁻²⁵⁸

²⁵⁷ BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo C. Nova lei do CADE e os atos de concentração. *Jornal Valor Econômico* em 29/05/2012. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/5/29/nova-lei-do-ca-de-e-os-atos-de-concentracao>>. Acesso em: 8 maio 2013.

²⁵⁸ Vicente Bagnoli e Eduardo C. Anders entendem que “O novo sistema tende a ser mais eficaz na tutela do interesse público e mais eficiente sob o aspecto econômico, pois, sendo a aprovação pelo CADE condição para a realização do negócio jurídico, as empresas tendem a prestar as informações e esclarecimentos sobre a operação, de modo célere e completo, sempre com vistas a obter a aprovação no menor prazo possível.” (Nova lei do CADE e os atos de concentração. *Jornal Valor Econômico* em 29/05/2012. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/5/29/nova-lei-do-ca-de-e-os-atos-de-concentracao>>. Acesso em: 8 maio 2013).

Em seu artigo “Bomba-relógio ou marca-passo? o prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência”, Luiz Eduardo Salles relata que, nas concepções originais da nova lei de concorrência, havia previsão de prazos intermediários para a sequência de atos perante a Superintendência Geral, contendo disciplina das etapas de instrução e de decisão relativas a atos de concentração. Essa abordagem “marca-passo” de prazos intermediários foi abandonada no estágio final de apreciação do Projeto de Lei. Num primeiro momento, diz o autor, a eliminação dos aludidos prazos poderia ser considerada um avanço positivo, porém, a estipulação de um prazo limite mínimo de 240 dias para a aprovação tácita de atos de concentração e a eliminação de prazos intermediários para a Superintendência-Geral lançam dúvidas sobre o futuro do controle prévio no Brasil. Isto porque, segundo o autor, “o abandono da abordagem marca-passo traz à tona a possibilidade de que o prazo limite (240 dias, no mínimo) venha a ser utilizado em muitas situações. Caso não se trabalhe efetivamente pela obtenção de prazos usuais muito mais curtos do que 240 dias, as requerentes em atos de concentração poderão ter seus negócios inviabilizados. De forma mais geral, ampliar-se-ia significativamente o famoso e elevado ‘custo Brasil’.” (*Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 21, jan. 2012. Disponível em: <[http://revistadoatribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/result List/document](http://revistadoatribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/result/List/document)>. Acesso em: 9 abr. 2013.

Os atos que porventura se subsumirem ao disposto no *caput* do artigo 88 não poderão ser consumados antes de apreciados pelo CADE, sob pena de nulidade e aplicação de multa pecuniária e sem prejuízo de abertura de processo administrativo (art. 88, §3º).²⁵⁹⁻²⁶⁰ Ademais, até a decisão final sobre a operação, as condições de concorrência entre as empresas envolvidas deverão ser mantidas e preservadas (art. 88, §4º).²⁶¹ Vale dizer, no regime de análise prévia, o negócio jurídico está sujeito a uma espécie de cláusula suspensiva, razão pela qual ele não se consuma até que a autoridade de concorrência decida pela aprovação.²⁶²

²⁵⁹ Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I e II – ... ‘omissis’...

§ 1º e § 2º ... ‘omissis’...

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

²⁶⁰ Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues afirmam que “além da multa elevada pela prática de atos de consumação antes da decisão do CADE, as partes poderão sofrer investigação por prática de cartel, dada a natureza dos atos de consumação. Por exemplo, em operações de concentração horizontal (realizadas entre concorrentes), o compartilhamento de informações como lista de clientes, preços etc. tem a possibilidade de alterar imediatamente os incentivos das partes para concorrer entre si. Nesse sentido, uma boa medida para evitar esse risco estaria refletida na seguinte questão: ‘o que vocêalaria ao seu concorrente, se não houvesse qualquer operação em andamento?’” (*Direito antitruste*, p. 118).

²⁶¹ Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I e II – ... ‘omissis’...

§ 1º ‘usque’ § 3º ... ‘omissis’...

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

²⁶² MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o CADE. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 22, jul. 2012. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

Amanda Athayde Linhares Martins, ao tecer comentários a respeito da notificação prévia, antevê que um dos grandes desafios do CADE será delinear os limites entre um processo de concentração econômico legítimo e uma prática ilegal de *gun jumping*, que consiste numa “conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou de integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica.”²⁶³

Para Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, pode-se entender por *jumping the gun* (ou *gun jumping*) “a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antitruste se pronunciar se é favorável ou não à operação submetida à sua análise.”²⁶⁴

A preocupação com o *gun jumping* surgiu nos EUA, país com mais experiência no sistema de notificação prévia, sobretudo em situações de inibição da capacidade da empresa a ser adquirida de manter sua competitividade e independência operacional. Nos EUA foi criado o mecanismo de notificação prévia com objetivos de permitir ao Governo questionar uma operação potencialmente lesiva à concorrência, de conferir oportunidade para que as agências possam obter informações relevantes sobre as operações antes de sua consumação e de assegurar a possibilidade de se impor um efetivo e eficaz remédio antitruste. Estas também foram, segundo Amanda Athayde Linhares Martins, as aspirações para a alteração da legislação brasileira.²⁶⁵⁻²⁶⁶

²⁶³ *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o CADE. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 22, jul. 2012. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

De acordo com a autora, há recente proposição de se traduzir o termo “Gun Jumping” por “queimar a linha de largada”.

²⁶⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 118.

²⁶⁵ *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o CADE. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 22, jul. 2012. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

²⁶⁶ A respeito do *gun jumping*, Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues comentam que “a experiência internacional, que provavelmente servirá de base à jurisprudência que se formará no âmbito do SBDC, arrola algumas hipóteses que ensejariam ‘gun jumping’ (atos de

O artigo 88, especificamente no inciso I do seu § 6º, dispõe, com nitidez cristalina, que os atos de concentração poderão ser autorizados, desde que, cumulada ou alternativamente, atinjam os objetivos de: (i) aumentar a produtividade ou competitividade; (ii) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou (iii) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. E o importante é que parte relevante dos benefícios decorrentes sejam repassados aos consumidores (art. 88, § 6º, inciso II).²⁶⁷

Outrossim, o § 7º do artigo 88 veicula inovação no sentido de que é facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração à sua apreciação, ainda que não se enquadrem nos critérios previstos no dispositivo em apreço.²⁶⁸

consumação anteriores à decisão de aprovação do negócio pela autoridade antitruste): medidas irreversíveis, ou de difícil reversibilidade, como alocação de clientes, paralisação de 'marketing' competitivo entre as partes, compartilhamento de informações sobre preços, capacidade de produção e estratégias comerciais (caso 'Gemstar/TV Guide', 2003, EUA); ações que alterem os incentivos entre os 'players', como comercialização de produtos da empresa adquirida (caso 'Bertelsmann/Kirch/Premier', 1998, UE); unificação do exercício de poder dentro das companhias, como deixar de realizar negócios e oferecer descontos em função da eventual operação (caso 'Computer Associates/Platinum Technology', 1999, EUA); compartilhar informações confidenciais (e.g., lista de clientes, preços, estratégias etc.) por razões diversas às perguntas de 'due diligence' (caso 'Gemstar/TV Guide', 2003, EUA)." (*Direito antitruste*, p. 118).

²⁶⁷ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I e II – ... 'omissis'...

§ 1º 'usque' § 5º ... 'omissis'...

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

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

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

²⁶⁸ Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I e II – ... 'omissis'...

§ 1º 'usque' 6º ... 'omissis'...

Nos termos da exposição de motivos do Substitutivo Ciro Gomes apresentado à época da tramitação do projeto da novel lei antitruste, essa nova disposição normativa cumpre um papel importante para viabilizar uma exigência mais parcimoniosa de submissões, visto que, em tese, embora o poder de mercado esteja usualmente associado positivamente com o tamanho da empresa, essa correlação não é perfeita, além de que toda fusão pode acarretar um efeito anticompetitivo, mesmo com faturamentos pequenos, especialmente levando-se em consideração que os mercados relevantes podem ser regionais ou locais.²⁶⁹

Na percepção de Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli, essa inovação legislativa pode ensejar questionamentos quanto à violação ao princípio da segurança jurídica e ao princípio a livre-iniciativa ou, ainda, quanto à afronta ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, que preceitua que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Nessa seara, considerando que inexistente definição jurídica precisa para a expressão “consumação da operação”, os autores sugerem que, para a garantia da segurança jurídica, o termo “consumação” seja regulamentado por resolução. Prosseguindo em suas ponderações, anotam que não há identificação das hipóteses em que caberá ao CADE determinar a submissão de uma operação após a sua consumação, motivo pelo qual esperam que essas hipóteses sejam delimitadas por meio da jurisprudência ou normas infralegais.²⁷⁰

Noutro giro, é importante enfatizar que, enquanto o artigo 88 estabelece a possibilidade de aprovação, pelo CADE, de concentrações econômicas, o artigo 90 elenca as operações que devem ser entendidas como concentrações para fins de obrigatoriedade de submissão à referida autarquia especial, a saber: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos

§ 7º É facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

²⁶⁹ TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*, p. 456.

²⁷⁰ ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 284-286.

ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. O parágrafo único do artigo 90, por seu turno, explicita que não se considera atos de concentração o contrato associativo, consórcio ou *joint venture* quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.²⁷¹

Nesse espaço, é de bom alvitre, ainda, fazer referência ao artigo 91, o qual prevê que “a aprovação de que trata o artigo 88 poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o

²⁷¹ Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

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

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

§ 1º ‘usque’ § 9º ... ‘omissis’...

(...)

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.²⁷²

Acerca da possibilidade de o CADE rever as suas próprias decisões em matéria de concentração de empresas, Marcio de Carvalho Silveira Bueno traça alguns apontamentos, a saber:

- I. o CADE não pode rever a qualquer tempo suas decisões com base tão somente em seu juízo de conveniência e oportunidade, pois essas decisões não se qualificam como ato administrativo tipicamente discricionário e eventual discricionariedade advém dos conceitos jurídicos indeterminados empregados pela lei;²⁷³
- II. a aprovação de um negócio jurídico pelo CADE faz nascer o fenômeno do direito adquirido às requerentes e gera coisa julgada administrativa, motivo pelo qual a revisão *in pejus* somente ocorrerá em circunstâncias excepcionais disciplinadas no artigo 91 da Lei nº 12.529/2011,²⁷⁴ artigo 53 da Lei nº 9.784/99²⁷⁵ e artigo 485 do Código de Processo Civil;²⁷⁶

²⁷² Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, 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.

Parágrafo único. Na hipótese referida no *caput* deste artigo, a falsidade ou enganiosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.

²⁷³ Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que onde mais comumente se verifica a discricionariedade é no motivo e no conteúdo do ato. O motivo, como pressuposto de fato que antecede a prática do ato, pode ser vinculado ou discricionário. O motivo “será vinculado quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva.” De outra margem, o motivo será discricionário quando: (i) “a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração” e (ii) “a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa.” (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 223).

²⁷⁴ Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, 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.

- III. aos agentes envolvidos no ato aprovado há a garantia do direito de recorrer, *ex vi* do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal²⁷⁷ e artigo 56 da Lei nº 9.784/99;²⁷⁸

Parágrafo único. Na hipótese referida no *caput* deste artigo, a falsidade ou enganosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.

²⁷⁵ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

²⁷⁶ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

²⁷⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁷⁸ Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

- IV. até 2004, o CADE tinha uma postura menos restritiva em relação à admissão de recursos contra suas decisões, porém, gradativamente, a autarquia tem levado em alta conta o conceito de “fato novo”, efetivamente superveniente, para o conhecimento e análise dos pedidos de reapreciação.²⁷⁹

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

²⁷⁹ BUENO, Marcio de Carvalho Silveira Bueno. Limites para o CADE rever suas decisões em atos de concentração. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011. p. 346.

4

CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

4.1 FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

O fenômeno atualmente conhecido como globalização reflete um conceito plurívoco, associado a múltiplos aspectos e acontecimentos, que ostenta características que o distinguem qualitativamente de outros movimentos de integração global ou regional identificados ao longo da História.²⁸⁰

Na percepção de Ulrich Beck, a chamada globalidade significa, de um lado, o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, assim como o surgimento de novas relações de poder e de concorrência, de novos conflitos e de incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional. E, de outro lado, significa também a existência de atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais.²⁸¹

A globalização revela um novo ciclo da expansão do capitalismo e acarreta, no plano econômico, uma nova forma de relacionamento entre a sociedade, o Estado e os agentes econômicos, mediante um processo de eliminação das

²⁸⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 138.

²⁸¹ BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo e respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 49.

fronteiras geográficas nacionais e prevalência de uma nova ordem econômica que tornou transnacional o fluxo internacional de capitais.²⁸²⁻²⁸³

A respeito do tema, pontifica José Eduardo Faria que

“por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional”.²⁸⁴

Na mesma trilha, Ana Maria Nusdeo aduz que

“a globalização econômica refere-se à crescente interligação dos mercados nacionais através do aumento da circulação entre eles de bens, serviços e capitais, induzida pela redução de tarifas e de barreiras não tarifárias sobre esses fluxos e, ainda, por alterações tecnológicas que permitem a instantânea transmissão de dados e informações entre os mercados distantes. Tal processo e as possibilidades dele decorrentes têm provocado efeitos como a alteração da estratégia competitiva das empresas, a dispersão internacional das etapas do processo produtivo, a homogeneização de hábitos de consumo e de práticas comerciais, a desregulamentação dos mercados financeiros e de outros setores das

²⁸² GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 391-392.

²⁸³ Octavio Ianni relata que, na base da internacionalização do capital, estão a formação, o desenvolvimento e a diversificação do que se identifica como “fábrica global”, na qual houve a dispersão geográfica das forças produtivas, compreendendo o capital, a tecnologia, a força de trabalho, a divisão do trabalho social, o planejamento e o mercado. A nova dinâmica do capital rompe as fronteiras geográficas, regimes políticos, culturas e civilizações, abrindo espaço para a mundialização do capitalismo como modo de produção e, conseqüentemente, acarretando a internacionalização das diretrizes atinentes à desestatização, desregulamentação, privatização, abertura de fronteiras e criação de zonas francas. (*Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 57-59).

²⁸⁴ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52.

economias nacionais e, ainda, a formação de blocos regionais de livre comércio.”²⁸⁵

Esse processo de mudanças econômicas decorre do próprio desenvolvimento do sistema de produção em massa, modelo que caracterizou a organização industrial a partir do século XIX, aliado a fatores conjunturais e a respostas político-institucionais produzidas a partir da década de 1970.

Até o fim dos anos 1960 houve o apogeu do sistema de produção chamado de fordista, em referência à indústria de automóveis de Henry Ford. Esse modelo se baseia em linhas de produção onde as tarefas são estritamente segmentadas, os equipamentos desempenham tarefas específicas e os empregados são pouco qualificados. Busca-se, nesse regime, a redução do custo unitário a partir da ampliação da escala de produção.

Na década de 1970, dois fatores foram fundamentais para a sedimentação da nova era econômica:

- I. primeiramente, houve a substituição do padrão fixo de taxas de câmbio para o padrão flutuante, decidido pelo Governo Norte-Americano em 1971, que intensificou a procura por dólares americanos no mercado internacional, o que resultou numa variação excessiva do valor dessa moeda, na instabilidade do sistema financeiro internacional e no desencorajamento dos investimentos produtivos;
- II. em segundo lugar, ocorreram as crises do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979, que elevaram o preço do barril e, conseqüentemente, ocasionaram o aumento geral dos preços e a intensificação da instabilidade econômica, com duradouras e elevadas taxas de inflação.²⁸⁶

²⁸⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 137-138.

²⁸⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 141.

De fato, com os choques do petróleo na década de 1970, a doutrina protecionista ganhou impulso, principalmente porque os países consumidores, particularmente da América Latina, endividaram-se e mal tinham receita para cobrir os juros da dívida e a conta do petróleo. Em decorrência disso, as importações ficaram contidas durante cerca de quinze anos e, nesse ambiente, as indústrias domésticas passaram a atingir posições de monopólio ou oligopólio, com preços elevados e pouca qualidade dos produtos ofertados.

Na sequência, a partir dos anos 1980 nos países mais desenvolvidos e dos 1990 nos países latino-americanos, houve a crescente queda de barreiras e a liberalização geral do comércio exterior.²⁸⁷

Os governos passaram a alterar o rumo das políticas econômicas, tentando métodos diferentes daqueles de origem keynesiana utilizados até então e considerados responsáveis pela inflação e pela queda de produtividade nos países centrais. Houve, assim, estímulos às forças de mercado por via da desregulamentação dos mercados financeiros, do crescimento do fluxo de capitais e do aumento do número dos títulos e produtos de investimento disponíveis no mercado.

Nesse cenário mundial eclodiu o novo modelo de organização industrial que passou a ser denominado de especialização flexível ou pós-fordista, objetivando disputar nichos de mercado, diminuir a rigidez do sistema produtivo de massa e disponibilizar novas tecnologias, parte das empresas passou a organizar sua atividade produtiva em bases diferentes, bem mais flexíveis do que o modelo fordista. Parte da produção industrial passou a ser organizada em cadeias transnacionais, com integração de diferentes empresas, com ou sem vínculo societário entre si, em cadeias produtivas que ligam bens, serviços e recursos de diferentes valores agregados na formação de produtos finais. As empresas com atuação internacional alteraram seu padrão de organização e estrutura decisória, tornando-as mais ágeis e leves, a fim de se adaptarem às peculiaridades de cada mercado e de reagirem rapidamente às novas tendências.²⁸⁸⁻²⁸⁹

²⁸⁷ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, p. 332-333.

²⁸⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 141-147.

É nesse contexto de economia globalizada que surgem as empresas transnacionais que, na definição de Leonardo Vizeu Figueiredo, são “entidades autônomas, de personalidade jurídica de direito privado, que estabelecem sua gestão negocial e organizam sua produção em bases internacionais, ou seja, sem vínculo direto, muito menos compromisso com as fronteiras ou os interesses políticos de determinada Nação.”²⁹⁰ Na visão do autor, elas não apresentam características essenciais de um sujeito internacional, “uma vez que não são oriundas da potestade estatal, tampouco derivadas destas, tendo gênese na iniciativa privada.”²⁹¹

José Cretella Neto pontua que não há uma precisa e rigorosa definição para as empresas transnacionais. A dificuldade de se chegar a um consenso deve-se ao fato de que “as relações jurídicas se entrelaçam não apenas no que diz respeito ao conjunto de empresas envolvidas, mas também com relação às diversas ordens normativas, de diferentes Estados, e entre estas e o Direito Internacional.”²⁹²⁻²⁹³

²⁸⁹ Conforme Ana Maria de Oliveira Nusdeo, o movimento de mundialização econômica intensificado a partir da década de 1980 é original, na medida em que não se limita à simples expansão da atividade econômica dos agentes para além da fronteira, trazendo interações funcionais diferenciadas entre as economias das várias nações, cujas principais características são:

- i) alteração dos padrões produtivos, que se tornam mais flexíveis e descentralizados, desencadeando a fragmentação e a dispersão internacional do processo produtivo;
- ii) intensa ligação entre os mercados financeiros;
- iii) aumento da importância das empresas multinacionais e
- iv) formação e estreitamento do intercâmbio dentro dos blocos regionais de comércio. (*Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 139).

²⁹⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito econômico internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 96.

²⁹¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito econômico internacional*, p. 96-97.

²⁹² CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 758-759.

²⁹³ Relativamente à questão tormentosa de ser ou não sujeito internacional, José Cretella Neto discorre sobre duas correntes doutrinárias, a saber: (i) pela Teoria Pura do Direito, a empresa transnacional não figura como sujeito de Direito Internacional, estando limitada quanto à extensão de sua personalidade jurídica, haja vista que apenas em certas situações poderia fazer valer seus direitos nos foros internacionais e (ii) pela Teoria da Responsabilidade, ela é considerada sujeito de Direito Internacional e titular de direitos, podendo, em situações específicas, concretizá-los diretamente na órbita internacional. Se tal não for possível, será, ao

Advertindo que a nomenclatura inicial “empresas multinacionais” está sendo rechaçada por induzir à equivocada conclusão de que as empresas transnacionais poderiam ter várias nacionalidades, Leonardo Vizeu Figueiredo esclarece que, nos dias de hoje, o transnacionalismo empresarial se fixa no país que apresentar terreno fértil para a multiplicação de lucros e melhores condições para o atendimento dos interesses econômicos.²⁹⁴⁻²⁹⁵

Ademais, é indubitável que as recentes conquistas científicas e tecnológicas, com instrumentos uniformizadores de comunicação e de culturas, como a informática e comunicação por satélites, têm acelerado o processo de globalização no mundo contemporâneo, abalando os princípios fundamentais do Direito Tradicional, tais como os conceitos de “espaço” e de “tempo”, e, assim, fazendo com que os países procurem adaptar-se à ideia de um “mundo só”.²⁹⁶

Assiste-se, de uns anos para cá, a uma progressiva popularização dos canais de televisão por assinatura e da internet, de modo que os desdobramentos da

menos, titular de obrigações jurídicas (por exemplo, não poluir o meio ambiente) e dotada de capacidade para cometer um delito. Após essas considerações, José Cretella Neto avalia que “o Direito Internacional tradicional pauta-se, aproximadamente, pela posição kelseniana. A partir da proliferação das organizações internacionais, no entanto, passa a incluir essa categoria no rol de sujeitos de Direito Internacional, mas restringindo-lhe determinadas condutas, por exemplo, o acesso à Corte Internacional de Justiça como parte de um litígio. Progressivamente, em especial após a Segunda Guerra Mundial, vem reconhecendo – ainda que de modo limitado – a empresa transnacional como sujeito ‘auxiliar’ do Direito das Gentes. O Direito Internacional o faz, ainda, de modo relutante e insuficiente, empregando o argumento de que a empresa transnacional não assume as mesmas responsabilidades que o Estado, sendo-lhe, pois, conferido ‘status’ inferior.” (*Curso de direito internacional econômico*, p. 796-797).

²⁹⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito econômico internacional*, p. 97.

²⁹⁵ Nesse particular, segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, as empresas transnacionais ostentam as seguintes características: “a) seu capital não é originado especificamente de um país predeterminado, sendo fruto do investimento de diversos segmentos físicos e jurídicos captados em diversas partes do globo; b) seu processo de produção é operacionalizado em diferentes etapas, podendo se realizadas nas mais diversas regiões do planeta, mediante fornecimento de matéria-prima, componentes e mão de obra oriundos de mais de um país.” (*Direito econômico internacional*, p. 97).

²⁹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 216.

globalização têm ultrapassado os limites da economia e provocado uma certa homogeneização cultural entre os países.²⁹⁷

Com a superação das fronteiras nacionais no desenvolvimento do comércio, passa a ocorrer também maior integração regional. E, consoante Simone Severo e Sousa, o processo de integração econômica apresenta as seguintes etapas:

- I. Zona de Livre Comércio, em que os países partícipes do bloco regional econômico eliminam barreiras tarifárias dos produtos neles fabricados;
- II. União Aduaneira, em que os países participantes do bloco regional econômico alinham na mesma direção as suas políticas de comércio exterior, padronizando as alíquotas para importação e exportação de produtos, e
- III. Mercado Comum, em que é permitido entre os países integrantes do bloco regional econômico o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços.²⁹⁸

Insta salientar que as mudanças micro e macroeconômicas repercutem na esfera jurídica, produzindo, entre outros, os seguintes efeitos: (i) diante da interligação das economias nacionais e da difusão de políticas econômicas valorizadoras dos mecanismos de mercado, há um crescente processo de aproximação entre as legislações nacionais em matéria econômica e comercial; (ii) a progressiva tendência dos operadores internacionais de estipularem suas próprias regras para disciplinar as relações comerciais e solucionar eventuais controvérsias faz com que nasçam novas figuras jurídicas autônomas em relação ao direito estatal e (iii) frequentemente, há debate em torno da alteração ou eventual esvaziamento dos conceitos, entre outros, de soberania e de legitimidade, assim como a própria conceituação dos elementos que definem e constituem o Direito.²⁹⁹

²⁹⁷ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*, p. 108.

²⁹⁸ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*, p. 110.

²⁹⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 148-149.

4.2 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Dúvidas não subsistem de que a economia globalizada acirra a disputa por mercados e, conforme há aumento da competição, surgem reações protecionistas voltadas à proteção dos mercados nacionais da concorrência internacional, com aumento das queixas de *dumping*, ou reclamações contra práticas de subsídios e outras formas de distorção do comércio internacional. A questão do protecionismo, assim, tem suscitado discussões e iniciativas de uniformização das leis antitruste.³⁰⁰⁻³⁰¹

O processo de globalização, à proporção que vai impondo a adoção de medidas liberalizantes dos mercados pelos países que desejam integrar-se no comércio mundial, tem elevado o grau de importância do direito da concorrência, promovendo a adoção de leis antitruste em países sem tradição nesse campo e a reforma da legislação da concorrência para torná-la mais efetiva nos países que tradicionalmente possuem esse tipo de regulação.

Atualmente, as relações entre políticas antitruste e políticas comerciais, a intensificação da aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência, a ocorrência de práticas que requerem a atuação conjunta de mais de uma autoridade antitruste nacional e o conseqüente aumento de importância de mecanismos de cooperação entre agências antitruste têm incentivado esforços de criação de regras multilaterais, seja em nível mundial ou nos quadros de integração econômica regional.³⁰²

³⁰⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 148.

³⁰¹ Juliana Oliveira Domingues, no texto nominado "A definição do produto nas investigações de *dumping* e a contribuição do direito da concorrência", assevera que os objetivos do *antidumping* e do antitruste não se confundem, pois, enquanto no primeiro a finalidade é proteger os produtores domésticos contra as importações com suposto *dumping*, no segundo, as leis de defesa concorrencial colimam assegurar a concorrência sadia no mercado e buscam propiciar o estado de bem-estar econômico, protegendo, em última análise, o consumidor (*Estudos de direito econômico e economia da concorrência – em homenagem ao prof. dr. Fábio Nusdeo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 170).

³⁰² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 140.

Em tese, políticas de livre-concorrência e antitruste são instrumentos complementares para a maior satisfação de consumidores e desenvolvimento econômico das nações, uma vez que, havendo um intenso comércio internacional, cada país se especializaria na produção de bens aos quais tem vantagens comparativas (menores custos de produção), propiciando aos consumidores uma gama maior de produtos a preços baixos. A concorrência nos mercados, nessa perspectiva, promove a eficiente alocação de recursos e o estímulo à inovação.

Na prática, porém, essa complementariedade não é tão perfeita, sendo perceptível que cada nação busca a melhora de sua posição nesse comércio internacional, tanto qualitativa quanto quantitativamente, isto é, exportando mais bens e os de maior valor. Ademais, também é de seu interesse proteger a indústria da concorrência internacional através de medidas protecionistas.

Nesse panorama, resta evidenciada a dificuldade de se construir um sistema comercial internacional realmente mais livre e aberto. De outro lado, a intensificação desse comércio acentua os esforços, pressões e movimentos no sentido de uma conformação mais harmônica entre as políticas de concorrência e de livre comércio.

Deveras, o aumento da internacionalização dos agentes econômicos, o crescente interesse em maior abertura de mercados, a preocupação com as práticas privadas restritivas e impeditivas da concorrência em mercados nacionais e o desconforto em lidar com leis e culturas antitruste muito diversas têm gerado reações entre os países. Em primeiro lugar, a tentativa de aplicação extraterritorial das próprias leis nacionais de defesa da concorrência e, em segundo lugar, o crescimento das pressões pela criação de regras antitruste multilaterais e pela maior cooperação entre as agências antitruste.³⁰³

4.2.1 Aplicação extraterritorial de leis antitruste

A aplicação extraterritorial de leis antitruste é atualmente prevista em muitos ordenamentos com base na teoria do impacto territorial, que, essencialmente, traz a

³⁰³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 156-162.

ideia de que o Estado é competente para legislar e conhecer eventos ocorridos fora de seu território, envolvendo participantes não nacionais, desde que esses eventos produzam efeitos dentro do território nacional.³⁰⁴

A extraterritorialidade das normas antitruste está vinculada ao seu caráter instrumental e associada à implementação de políticas públicas, razão por que os países procuram estender seu poder regulamentar e julgar as práticas antitruste que, ainda que indiretamente, atinjam seus interesses comerciais ou os interesses dos agentes econômicos nacionais.

Em termos gerais, há três critérios utilizados pelas legislações antitruste com o fim de determinar a lei aplicável quando há ato restritivo à livre-concorrência:

- I. critério da territorialidade: é aplicável a norma antitruste vigente no mercado em que se verificar a prática do ato contrário à livre-concorrência. A Lei nº 12.529/2011 estipula no seu artigo 2º que “aplica-se esta Lei (...) às práticas cometidas em todo ou em parte do território nacional”,³⁰⁵ o que implica dizer que “é competente a jurisdição brasileira para apreciar as práticas antitruste que sejam cometidas dentro de seu território”,³⁰⁶
- II. critério de verificação dos efeitos: pelo princípio dos efeitos (*effects doctrine*), é aplicável a lei antitruste do Estado em que ocorrerem as consequências da prática antitruste. Nesse caso, não importa a nacionalidade ou domicílio dos partícipes, mas sim o mercado relevante no qual serão produzidos os efeitos. Conforme expõe Paula Forgioni, “este é o mais comum dos elementos de conexão, sendo adotado pelo Tratado da União Europeia e pelos sistemas norte-

³⁰⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 162.

³⁰⁵ 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.

§ 1º e § 2º ... omissis...

³⁰⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 425.

-americano e brasileiro.”³⁰⁷ O artigo 2º da Lei nº 12.529/2011, em seu *caput*, estabelece que a lei pátria incide nas situações em que as práticas “produzam ou possam produzir efeitos” no território brasileiro.³⁰⁸ Nesse norte, a mencionada autora aduz que “além do critério da territorialidade, nossa lei adota, expressamente, o critério dos efeitos. Ademais, a jurisdição brasileira será competente para apreciar a prática restritiva ainda que seus efeitos não tenham se concretizado em território brasileiro, mas exista a possibilidade de que tal fato venha a ocorrer.”³⁰⁹⁻³¹⁰

- III. critério da nacionalidade: deve ser aplicada a lei antitruste do país onde tiverem sede as empresas partícipes ou, no caso de pessoas físicas, a lei do Estado de sua nacionalidade. Esse critério é também adotado pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido.

Examinando os três critérios acima referenciados, Paula Forgioni assevera que o segundo “acaba por estender a jurisdição de um país sobre atos que não se verificarem em seu território e sobre pessoas ali não residentes ou sediadas. Determina-se, assim, a produção de efeitos da lei fora do território do Estado que a emanou. Daí a expressão ‘efeitos extraterritoriais das leis antitruste.’”³¹¹

³⁰⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 425.

³⁰⁸ 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.

§ 1º e § 2º... omissis...

³⁰⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 425.

³¹⁰ Paula A. Forgioni noticia que a Europa tem receio de reconhecer expressamente a adoção dessa doutrina, de modo que desenvolveu a “teoria da unidade econômica”, estabelecendo que a matriz, com sede fora do mercado interno, pode sofrer responsabilização pelos atos praticados por sua controlada. (*Os fundamentos do antitruste*, p. 426).

³¹¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 427.

Em muitos casos há concurso de jurisdições, com a sujeição de uma determinada prática à aplicação de leis diferentes, situação que, não raramente, dá azo a decisões conflitantes e inconsistentes, pois existem variações e diferenças nas políticas antitruste, políticas econômicas e ideologias dos diversos países atuantes no comércio internacional.

No sentir de Ana Maria Nusdeo, o conflito entre decisões de diferentes jurisdições põe em relevo dois problemas sérios da aplicação extraterritorial de normas antitruste. O primeiro é a questão da sua efetividade e, o segundo, diz respeito à dificuldade em se estabelecer os contornos entre aplicação extraterritorial legítima e ingerência sobre assuntos de política interna de outro país envolvido.³¹²

Consoante já exposto, a Lei nº 12.529/2011, especificamente no seu artigo 2º, determina que a lei brasileira é a aplicável em relação às “práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

Na prática, a existência de diversos critérios para a determinação dos limites da jurisdição, ou da lei aplicável, abre espaço para autêntico conflito positivo de jurisdição, resultando daí problemas quanto à efetividade dos julgados e quanto à política adotada pelos países. É o que se constata, por exemplo, com os cartéis de exportação, que, na maior parte das vezes, são ignorados ou isentados pela autoridade do país em que se deu o acordo (critério da territorialidade), sendo, por outro lado, responsabilizados pelo país importador (princípio dos efeitos). Assim, nos casos de jurisdições concorrentes, frequentemente se verifica que ambos os países aplicam suas leis nacionais e proferem decisões acerca da mesma prática. Entretanto, o país que isentou determinada conduta anticompetitiva da aplicação da lei antitruste nacional, muito possivelmente, não admitirá, no seu território, a execução de sentença ou decisão condenatória de autoridade do Estado sancionador.

³¹² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 163-164.

De outra margem, se os agentes econômicos punidos tiverem ativos, distribuidores ou representantes no país em que houve a penalização ou a vedação à prática contrária à concorrência, a sanção poderá ser direcionada para esses ativos, representantes ou distribuidores. Um caso famoso e constantemente rememorado pela doutrina diz respeito ao cartel dos relógios suíços, em que os exportadores da Suíça, após prévio pacto de neutralização de concorrência entre eles, exportaram seus produtos aos Estados Unidos. Com base no princípio dos efeitos, a autoridade norte-americana era competente para decidir sobre a questão e, com vistas a superar o problema da efetividade da decisão, o julgado acabou por abranger apenas os acordos entre empresas suíças e os distribuidores dos Estados Unidos. Em suma, a sentença abarcou somente as pessoas que efetivamente estavam sujeitas à soberania norte-americana.³¹³

Nessa sorte de considerações, impõe-se realçar que os efeitos extraterritoriais das leis antitruste sofrem limitações em virtude das soberanias dos outros países e, algumas vezes, os obstáculos são materializados mediante a promulgação e aplicação de uma lei de bloqueio (*blocking law*) para impedir que, no território nacional, haja produção de efeitos das ordens expedidas por autoridades estrangeiras, sejam elas sentenças ou determinações de constituição de provas. Nem sempre uma *blocking law* é exteriorizada e formalizada por meio de um texto de lei que proíba, por exemplo, a execução de sentenças estrangeiras. Ao contrário, pode ser considerada lei de bloqueio aquela que, diuturnamente, decorrer da jurisprudência ou dos órgãos administrativos de molde a impedir a produção dos efeitos de atos das autoridades estrangeiras.

Existem, basicamente, três tipos de leis de bloqueio: (i) as que impedem a homologação/execução de sentenças estrangeiras; (ii) as que dificultam ou proíbem a colaboração de autoridades, pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou sediadas no país, em processos conduzidos por autoridades estrangeiras e (iii) as que eliminam os efeitos já produzidos por sentença estrangeira, como se verifica, por exemplo, em algumas disposições da Lei Britânica de 1980.³¹⁴

³¹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 428-430.

³¹⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 431-432.

No Brasil, essa função de bloqueio pode ser desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete o reconhecimento de sentenças estrangeiras, *ex vi* do artigo 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição Federal. Outrossim, não se pode perder de vista o comando do artigo 181 da Carta Magna, que preceitua que “o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.”³¹⁵

Noutro giro, José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho afirma que, para além das diferenças concernentes à política concorrencial dos Estados soberanos, que podem ocasionar julgamentos diversos sobre os mesmos fatos, “o ponto central das tensões advindas da aplicação extraterritorial das leis antitruste diz respeito à distorção de incentivos que o comércio causa nas decisões das autoridades de defesa da concorrência, qualquer que seja a política concorrencial escolhida.” Na percepção do citado autor, num mundo globalizado, os acertos e os erros cometidos na condução da política antitruste não ficarão adstritos apenas aos limites do país, mas, ao contrário, serão suportados por consumidores e concorrentes localizados no exterior. Como exemplo dessas distorções, pode-se mencionar o caso das isenções conferidas pelos Estados Unidos a cartéis de exportadores, que foram inicialmente previstas no *Webb Promone Act*, de 1918, e que, posteriormente, foram renovadas em 1982 pelo *Export Trading Company Act* e, em 1994, pelo *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*. Numa leitura apressada, poderia haver a equivocada conclusão de que essas disposições refletem os valores de defesa da concorrência sempre propalados pelos Estados Unidos, porém, numa análise mais acurada, é possível

³¹⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

a) ‘usque’ ... h) ... ‘omissis’...

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

perceber que os efeitos nocivos desses cartéis não se produzem no mercado norte-americano, mas sim nos países que importam essas mercadorias.³¹⁶

Os problemas oriundos do concurso de jurisdições, o consenso em relação à necessidade de se combater práticas como os cartéis internacionais e a avaliação dos atos de concentração transnacionais de forma cooperativa acabam por levar a iniciativas multilaterais, regionais e bilaterais de cooperação ou uniformização de leis.³¹⁷

4.2.2 Uniformização de leis antitruste e acordos de cooperação internacional

À evidência, a tentativa de manutenção da livre-concorrência num mercado globalizado, com fulcro apenas em instrumentos domésticos, mostrou-se bastante falha, mormente porque não se obteve êxito em solucionar as distorções de incentivos causadas pelo comércio internacional, assim como pelo aspecto de submissão dos particulares a um sistema de normas extremamente complexo, integrado e formado pela conjugação de várias ordens jurídicas independentes e diversificadas.³¹⁸ Assim, mais do que nunca, verifica-se um movimento dos atores internacionais pela uniformização da legislação antitruste.

Há duas formas de se buscar a mencionada harmonização das diferentes legislações que versam sobre proteção à concorrência e sua aplicação: (i) a primeira iniciativa volta-se às próprias legislações, tentando uniformizá-las e (ii) a segunda diz respeito à aplicação das normas antitruste nacionais pelas autoridades competentes,

³¹⁶ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Defesa da concorrência no cenário internacional – o caso das negociações multilaterais no GATT/OMC. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=53748>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

³¹⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 165.

³¹⁸ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Defesa da concorrência no cenário internacional – o caso das negociações multilaterais no GATT/OMC. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=53748>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

tendo por fim precípua a mútua cooperação para a harmonização dos interesses envolvidos em matéria de concorrência de jurisdição.

Os projetos e mecanismos para a uniformização das leis antitruste podem ser regionais ou multilaterais, assim como podem ser bilaterais no caso de acordos de cooperação.³¹⁹

4.2.2.1 Esforços de uniformização no plano multilateral

Do ponto de vista de José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho, a inexistência de um tratado internacional acerca da defesa da concorrência “não deve ser interpretada como ausência de um regime jurídico antitruste para operações transnacionais.” Na órbita internacional, “a concorrência é regrada pela sobreposição das disposições legais das diversas jurisdições envolvidas.”³²⁰

Os processos de uniformização de leis podem ser viabilizados de forma espontânea ou de modo intencional, tal como ocorre nos países em que não existiam leis antitruste anteriormente e que, nas suas criações legislativas, tomam por base modelos de direito comparado, combinando as influências das leis já amadurecidas em países ou blocos que se anteciparam na sua adoção.

A uniformização de leis também pode ocorrer pelo crescente intercâmbio entre as autoridades antitruste de diversos países, levando a uma aproximação dos critérios de aplicação das normas, das teorias econômicas aplicadas, da produção doutrinária e da cultura antitruste.

As tentativas de uniformização no âmbito regional tiveram maior êxito do que aquelas propostas em âmbito multilateral. O sucesso alcançado na criação de

³¹⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 165-165.

³²⁰ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Defesa da concorrência no cenário internacional – o caso das negociações multilaterais no GATT/OMC. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53748>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

sistemas regionais de proteção à concorrência é explicável pelo menor número e maior envolvimento dos países participantes.³²¹

Na opinião de José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho, não há dúvidas de que as iniciativas bilaterais são importantes, tendo relevante papel como instrumentos de harmonização entre os diversos regimes jurídicos nacionais existentes. No entanto, “o foro multilateral parece muito mais promissor, em especial porque a existência de diversos assuntos sendo negociados ao mesmo tempo permite uma maneira fácil de compensar os países que se sintam prejudicados com o texto final de acordo sobre defesa da concorrência.”³²²

Na mesma direção, Augusto Jaeger Junior aponta as vantagens que poderiam advir com a implementação do tratamento multilateral, citando, entre outras: (i) uniformização dos conceitos, das regras, dos procedimentos e das interpretações aplicáveis aos conflitos concorrenciais na esfera internacional; (ii) maior segurança aos agentes econômicos nas transações comerciais realizadas em territórios estrangeiros; (iii) tratamento mais imparcial e justo proporcionado dentro de uma organização internacional, diferentemente do que ocorre nos dias atuais, em que os Estados são, simultaneamente, julgadores e interessados nas causas e (iv) diminuição, por parte dos Estados, de ações unilaterais de aplicação extraterritorial das legislações antitruste nacionais, evitando-se, assim, os desgastes das relações entre eles.³²³

Referentemente ao sistema multilateral de proteção à concorrência, as tentativas de elaboração de mecanismos nesse sentido ainda não foram bem-sucedidas.

³²¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 166.

³²² PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Defesa da concorrência no cenário internacional – o caso das negociações multilaterais no GATT/OMC. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53748>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

³²³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 172-173.

Os esforços de regulamentação multilateral de um direito de defesa da concorrência não são novos, remontando ao período do pós-Primeira Guerra Mundial. De fato, em 1927, já houve os primeiros estudos por parte da Liga das Nações. Na década de 1930, a prática de concentração de empresas era considerada um meio de superar as dificuldades econômicas, tendo sido, inclusive, estimulada.³²⁴

Uma nova tentativa deu-se após a II Guerra Mundial, com o projeto de uma Organização Internacional de Comércio (OIC) que estava prevista para ser criada na Carta de Havana de 1948. Tal Carta não entrou em vigor, pois estabelecia a competência da OIC para apreciação de práticas anticoncorrenciais, que, por sua vez, implicava a transferência de soberania dos Estados para decisão de assuntos econômicos, considerada medida excessiva para aquela época.³²⁵

Na década de 1950, houve iniciativas de regulamentação antitruste no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), mas os esforços empreendidos foram infrutíferos. Naquele contexto, as iniciativas revelaram que uma proposta mundial de regulamentação seria muito difícil de ser concretizada.³²⁶

Posteriormente, em 1967 e 1980, novas tentativas de tratamento internacional de regras antitruste foram efetivadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pela ONU, lançando-se recomendações para a observância de regras fundamentais de proteção à concorrência. A eficácia dessas recomendações foi mínima, em virtude da falta de caráter vinculante e pela ainda pouca difusão da cultura antitruste na maior parte dos países.³²⁷

³²⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 172.

³²⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 168.

³²⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 175.

³²⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 168.

Hodiernamente, com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC)³²⁸ e eliminação de várias barreiras tarifárias e governamentais, há crescente movimento no sentido de se criar regras antitruste destinadas à remoção das barreiras privadas ao livre comércio internacional. A principal proposta de criação de regras multilaterais foi elaborada por um grupo de especialistas de diversos países reunidos em Munique no ano de 1993, visando à criação de um Código Internacional Antitruste contendo regras substantivas mínimas a serem incorporadas pelas legislações dos países aderentes, bem como objetivando a criação de uma autoridade executiva que, no âmbito internacional, teria competência para requerer às autoridades nacionais a investigação de determinados casos e, na falta de cumprimento da requisição, para dar início aos procedimentos pertinentes perante as Cortes nacionais.³²⁹

De acordo com Ana Maria Nusdeo, ainda não há prognósticos da entrada em vigor do aludido Código, uma vez que o texto tem sido alvo de diversas críticas, especialmente no que toca à dificuldade de conciliar os diferentes conceitos típicos das legislações nacionais.³³⁰

Por outro lado, releva acentuar que em Cingapura, em dezembro de 1996, durante a reunião ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC), o elemento “concorrência” recebeu atenção redobrada. Foi instituído um grupo de trabalho, o chamado *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy* (WGTCP), para discutir e estudar as interações entre o comércio e política de concorrência, além de práticas anticompetitivas e outros assuntos correlatos.³³¹

³²⁸ Nos dizeres de Augusto Jaeger Junior, a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) no ano de 1994, em Marrakesh, deu novo impulso às discussões político-econômicas referentes à uniformização do direito antitruste no plano internacional. (*Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 182).

³²⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 168-169

³³⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 169.

³³¹ CARVALHO, Leonardo Arquimimo. *Direito antitruste e relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 160.

A reunião da UNCTAD (Conferência da Organização das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento) realizada em Bangkok (Tailândia), no início de 2000, trouxe considerações importantes quanto à política de concorrência.³³²

De acordo com as conclusões da UNCTAD, para que os países possam regular e melhor disciplinar as práticas contrárias à concorrência, é essencial que as nações que dispõem de normas nacionais em matéria de concorrência prestem apoio e assistência técnica aos países em desenvolvimento, além de outras medidas conexas com a mesma finalidade. As práticas comerciais restritivas não devem impedir nem invalidar a obtenção dos benefícios resultantes da liberalização das barreiras tarifárias e não tarifárias que comandam o comércio internacional, notadamente as que afetam o comércio dos países em desenvolvimento. Deve a UNCTAD, segundo as informações dos seus próprios documentos, manter e ampliar sua ajuda aos países interessados para que estes possam desenvolver seu marco regulamentar e institucional interno acerca da política antitruste. Deve, também, elaborar informes periódicos sobre as restrições existentes em setores estratégicos e seu impacto sobre os países em desenvolvimento e com economias em transição. Deve, por fim, estudar, esclarecer e observar mais detidamente a relação entre concorrência e competitividade.

O *Expert Meeting on Competition Law and Policy* da UNCTAD tem trazido importantes contribuições ao desenvolvimento de uma cultura em torno da necessidade da política de concorrência e, para tanto, tem adotado ações simples, como a publicação de documentos contendo os endereços das agências de concorrência estabelecidas, ou mesmo a preparação de um manual de legislação atinente à concorrência, aproveitando os comentários sobre leis específicas de alguns países.³³³

³³² Conforme esclarece Augusto Jaeger Junior, a UNCTAD foi criada em 1964 como resposta aos anseios dos países com menor desenvolvimento, que pleitearam um foro internacional focado no desenvolvimento. As pesquisas, cooperação técnica e encontros da UNCTAD objetivam colaborar, de forma positiva, na integração e interação desses países com a economia mundial. (*Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 178).

³³³ CARVALHO, Leonardo Arquimimo. *Direito antitruste e relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação*, p. 160-188.

Nessa passagem, vale fazer alusão ao estudo empreendido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) denominado “Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares – 2010”, no qual o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi objeto de revisão pelos pares (*peer review*) no Fórum Global da Concorrência, que ocorreu em Paris nos dias 18 e 19 de fevereiro de 2010. Diversas medidas foram recomendadas ao Brasil pela OCDE, podendo, entre outras, ser enumeradas: (i) consolidação das funções do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC relativas à investigação, à acusação e à decisão em uma agência autônoma; (ii) estabelecimento de procedimento de análise prévia em relação aos atos de concentração; (iii) previsão de revisão e aprovação sumária de atos de concentração que não apresentem preocupações concorrenciais; (iv) estabelecimento de procedimentos formais de acordos em atos de concentração; e (v) manutenção da atuação mais eficaz junto aos tribunais e elaboração de propostas de alteração do sistema judicial, a fim de acelerar a apreciação de casos de defesa da concorrência.³³⁴

Gustavo Fausino Coelho e Ricardo Mafra informam que diversas medidas recomendadas pela OCDE foram incorporadas à Lei nº 12.529/2011, o novo diploma antitruste brasileiro, o que os leva a concluir que

“o fato de tais recomendações terem sido, em sua maioria, introduzidas no ordenamento brasileiro pela Lei 12.529/2011, demonstra o amadurecimento da política de defesa da concorrência pátria. Tais mudanças posicionam o Brasil como um dos países com legislação concorrencial mais avançada, com instrumentos, procedimentos e instituições capazes de promover a proteção da concorrência de forma eficaz.”³³⁵

³³⁴ Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

³³⁵ COELHO, Gustavo Fausino; MAFRA, Ricardo. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 22, jul. 2012. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

Cumpra, outrossim, registrar a existência da Rede Internacional de Concorrência (*International Competition Network – ICN*), criada em 2001, que congrega autoridades antitruste de vários países, organizações não governamentais e órgãos internacionais com a intenção de promover a convergência global em matéria de defesa da concorrência, constituindo foro independente e especializado nesse tema.³³⁶

No início de suas atividades, a ICN formava apenas uma rede virtual de profissionais de todo o mundo especializados em concorrência e, posteriormente, por meio do *Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network*, ela passou a contar com uma leve estrutura institucional.³³⁷

Em 2009, a ICN já era integrada por cerca de 100 autoridades de defesa da concorrência e outras entidades dedicadas ao desenvolvimento e aprimoramento dos sistemas de defesa da concorrência.

Do início da sua atuação até maio de 2011, foram realizadas dez conferências anuais pela ICN, sendo que a décima teve lugar em Haia, Holanda, e contou com 500 participantes de várias partes do mundo, os quais debateram os futuros parâmetros do trabalho dessa rede internacional e as táticas para lidar com infrações contra a ordem econômica, sobretudo naqueles casos em que os atos tenham efeitos transnacionais.³³⁸

Não obstante os avanços alcançados, Jürgen Basedow, Professor da Universidade de Hamburgo e Diretor do Instituto Max Planck, teve oportunidade de participar de algumas reuniões da ICN e, conforme pode lá constatar, ainda há predominância da posição defendida por autoridades de concorrência anglo-

³³⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 189.

³³⁷ Conforme noticiam Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, a INC foi constituída inicialmente por autoridades dos seguintes países: Austrália, Canadá, União Europeia, França, Alemanha, Israel, Itália, Japão, Coreia, México, África do Sul, Reino Unido, EUA e Zâmbia. (*Direito antitruste*, p. 229).

³³⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 229-233.

americana e os acordos firmados nos grupos de trabalho frequentemente refletem o entendimento de países industrializados.³³⁹⁻³⁴⁰

Conclusivamente, não obstante os esforços para uniformização legislativa, é possível observar que os dados disponibilizados pelos organismos internacionais apontam para um caminho em vias de ser construído. Ainda há uma disparidade significativa dos interesses envolvidos, que, por enquanto, tolhem a possibilidade de um regramento multilateral em matéria de concorrência.³⁴¹

³³⁹ BASEDOW, Jürgen. Antitruste ou direito da concorrência internacional. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). *Publicações da Escola da AGU – Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011. p. 246.

³⁴⁰ No artigo intitulado “Antitruste ou direito da concorrência internacional”, o autor Jürgen Basedow aduz que “ao se avaliar a ICN, vários aspectos devem ser considerados. Primeiro, a ICN é um fórum profícuo de comunicação entre funcionários públicos que, em suas atuações diárias, são frequentemente dependentes de informações disponíveis em uma autoridade concorrencial estrangeira. Conhecer funcionários públicos na autoridade estrangeira mostrou-se ser útil. Isso mitiga a desconfiança na postura da autoridade estrangeira que foi com frequência vista como protecionista em outros tempos. Por outro lado, a operação da ICN, às vezes, é criticada por não ser transparente. Particularmente, os acordos alcançados nos grupos de trabalho frequentemente representam apenas um número muito limitado de jurisdições, a maioria das quais de países industrializados. Nas reuniões anuais, uma dominância clara das autoridades de concorrência anglo-americana é perceptível. Até onde este Autor conhece, com base em sua participação na delegação de várias reuniões anuais, os delegados de “novas” autoridades de concorrência não raro reclamaram de discussões excessivamente sofisticadas que não abarcam questões básicas, tais como a garantia de independência ou a importância de objetivos de políticas não econômicas na aplicação da lei de concorrência. Ademais, os grupos de trabalho nem sempre consideram os limites impostos pelas legislações internas de várias jurisdições para a implementação de recomendações.” (*Publicações da Escola da AGU – Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011, p. 246-247).

³⁴¹ Nessa passagem, vale mencionar que Eleanor Fox, professora da New York University School of Law, elaborou um estudo acerca da legislação e da política de concorrência em prol dos países mais pobres em seu artigo intitulado “Imagine: Pro-Poor(Er) Competition Law”, que foi apresentado em fevereiro de 2013 no Fórum Global da Concorrência da OCDE. Nesse texto, a autora concluiu que uma legislação e uma política de concorrência em favor dos mais pobres não constituem solução mágica para reduzir a pobreza, mas fazem parte de várias diretrizes que prometem abrir mais canais e trazer maiores ganhos a todos paulatinamente. Como toda proposta dessa natureza, há dificuldades de implementação e supõe-se a realização de negociações, de modo que, segundo a professora, o debate em torno do tema é mais que oportuno (tradução livre). Disponível em: <<http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF%282013%294&docLanguage=En>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

4.2.2.2 Regramento no plano regional

A Comunidade Europeia é vista como exemplo paradigmático de constituição de um ordenamento regional.

Consoante relato de Vitor Luiz Orsi de Souza, o Mercado Comum Europeu foi criado em 1957 mediante a assinatura do Tratado de Roma e os agentes econômicos dos Estados-membros comungavam dos mesmos valores, notadamente a livre-iniciativa econômica, motivo pelo qual tornou-se imperioso implantar um sistema garantidor da concorrência entre os respectivos integrantes. Logo, dentro dessa realidade, “o Mercado Comum Europeu é de inspiração liberal, baseado na iniciativa privada e nas regras de economia de mercado, sendo necessário, por esta razão, o estabelecimento de um regime assegurado de que a concorrência, no âmbito do edifício comunitário, não seja falseada, pressupondo a realização dos objetivos do tratado.”³⁴²

Na União Europeia, há uma legislação de aplicação supranacional diretamente aplicável aos seus membros e que inclui a outorga de competência para órgãos da Comunidade. O direito da concorrência comunitário coexiste com as leis antitruste nacionais dos países-membros.³⁴³

Nas palavras de Paula Forgioni, “a disciplina da concorrência, na União Europeia, é instrumental, ou seja, ligada aos seus fins, conforme estabelecido especialmente no art. 3º do Tratado. Desta feita, a concorrência não é um fim em si, mas instrumento, meio de atingir-se o fim maior perseguido pela própria União.”³⁴⁴⁻³⁴⁵

³⁴² SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. *Filosofia da lei de concorrência brasileira, americana e europeia*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12907/filosofia-da-lei-de-concorrenca-brasileira-americana-e-europeia>>. Acesso em: 3 maio 2013.

³⁴³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 166.

³⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 178.

³⁴⁵ Paula A. Forgioni comenta que “o caráter instrumental fez com que a regulamentação e aplicação das normas sobre a concorrência assumissem, na Europa, contorno bastante particular. Hoje, não há dúvidas de que, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos, o antitruste segue sendo fundamental para a vida econômica do Velho Continente.” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 179).

Insta enfatizar que o sistema supranacional não se confunde com um simples acordo regional. A supranacionalidade tem forte vinculação com a transferência do exercício da soberania, resultando na criação de um poder efetivo. Nesse particular, três elementos são considerados essenciais, a saber: (i) a transferência de competência; (ii) o exercício independente dessas competências e (iii) a aplicação direta do ordenamento comunitário aos seus destinatários.³⁴⁶

Os atuais artigos 101 a 109 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) são as regras fundamentais e substantivas do direito comunitário da concorrência. Os artigos 101, 102 e 106 do TFUE versam sobre as regras de concorrência aplicáveis às empresas. O artigo 101 proíbe 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 finalidade ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. O artigo 102 contém o regramento comunitário sobre o abuso de posição dominante. E o artigo 106 preceitua que o direito comunitário da concorrência é aplicável às empresas públicas e privadas.³⁴⁷

Devido à coexistência de dois ordenamentos jurídicos, podem haver situações nas quais as legislações, a nacional e a supranacional, sejam aplicadas. Caso cheguem à mesma conclusão, não haverá problema. Todavia, encontrando soluções distintas, surgirá um conflito e, então, deverá ser aplicado para a sua resolução o princípio da supremacia do direito comunitário.³⁴⁸

No que respeita ao Mercosul, o Ministério das Relações Exteriores informa em seu sítio que “Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai assinaram, em 26 de março de 1991, o Tratado de Assunção, com vistas a criar o Mercado Comum do Sul (*MERCOSUL*). O objetivo primordial do Tratado de Assunção é a integração dos quatro Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores

³⁴⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 241.

³⁴⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto; SCHWAGER, Simon. A política de defesa da concorrência na União Europeia e no Mercosul – uma comparação das experiências recentes. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). *Publicações da Escola da AGU – Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011. p. 63-70.

³⁴⁸ CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*, p. 52.

produtivos, do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes. Em dezembro de 1994, foi aprovado o Protocolo de Ouro Preto, que estabelece a estrutura institucional do *MERCOSUL* e o dota de personalidade jurídica internacional.”³⁴⁹

O artigo 4º do Tratado de Assunção estabelece que os Estados-membros aplicarão suas legislações nacionais para inibir importações com preços influenciados por subsídios, *dumping* ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados signatários também coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.³⁵⁰

Augusto Jaeger Junior e Simon Schwager esclarecem que o artigo 4º do Tratado de Assunção “não cria uma competência de legislação para nenhum órgão do Mercosul, pois ele não se trata de um instituto supranacional, que assume competências nacionais.”³⁵¹

Com base no precitado artigo 4º,³⁵² foi assinado em 17 de dezembro de 1996, em Fortaleza, o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, almejando criar regras destinadas a coibir práticas anticoncorrenciais e proibir atos que configurassem abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços.³⁵³

³⁴⁹ Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/mercosul>>. Acesso em: 9 maio 2013.

³⁵⁰ Artigo 4º Nas relações com terceiros países, os Estados Partes assegurarão condições equitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais, para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, *dumping* qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/central.../reducao.../tratado-de-assuncao.doc>. Acesso em: 9 maio 2013.

³⁵¹ JAEGER JUNIOR, Augusto; SCHWAGER, Simon. A política de defesa da concorrência na União Europeia e no Mercosul – uma comparação das experiências recentes, p. 89.

³⁵² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 361.

³⁵³ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo_Defesa_Concorrencia_Mercosul.pdf>. Acesso em: 9 maio 2013.

Em 16 de dezembro de 2010, o Conselho do Mercado Comum publicou a decisão MERCOSUL/CMC/DEC nº 43/10, aprovando o Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, cujos objetivos são, entre outros, de: (i) promover a cooperação e a coordenação entre os Estados-membros no sentido de aplicar as leis nacionais de concorrência do âmbito do Mercosul; (ii) prover assistência mútua em qualquer matéria relativa à política de concorrência e (iii) eliminar práticas anticompetitivas.³⁵⁴

Com a aprovação do Acordo de Defesa da Concorrência, houve a revogação do Protocolo de Fortaleza (Decisão CMC nº 18/96) e do anexo do Protocolo sobre multas (Decisão CMC nº 02/97).

A nova decisão pretende alterar substancialmente o modelo anterior do Protocolo de Fortaleza, possibilitando a aplicação de duas decisões anteriormente formalizadas: (i) MERCOSUL/CMC/DEC nº 04, de 2004, que aprovou o “Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência” e (ii) MERCOSUL/CMC/DEC nº 15, de 2006, que aprovou o “Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do Mercosul para o Controle de Concentração Econômica de Âmbito Regional”. O Paraguai ainda não incorporou essas decisões ao seu ordenamento.³⁵⁵

À luz do artigo 3º do Acordo de Defesa da Concorrência, “é da competência exclusiva de cada Estado Parte a regulação dos atos praticados, total ou parcialmente, no respectivo território ou daqueles que sejam originados em outros Estados-Partes e que naquele produzam ou possam produzir efeitos sobre a concorrência.” No seu parágrafo único consta que “as autoridades de concorrência de cada Estado Parte são competentes para julgar atos que produzam efeitos no respectivo território nacional.”³⁵⁶

³⁵⁴ Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/acordo-de-defesa-da-concorrenca-do-mercosul/>>. Acesso em: 9 maio 2013.

³⁵⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 249

³⁵⁶ Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/acordo-de-defesa-da-concorrenca-do-mercosul/>>. Acesso em: 9 maio 2013.

Consoante o artigo 4º do aludido Acordo, o órgão competente em matéria de concorrência no Mercosul é o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência – CT Nº 5, instituído no âmbito da Comissão de Comércio do MERCOSUL, nos termos do Artigo 8º da Decisão CMC Nº 59/00 do Conselho do Mercado Comum.”³⁵⁷

Luís Rodolfo Cruz e Creuz perfilha o entendimento de que a aprovação do Acordo de Defesa da Concorrência veio em boa hora, considerando que

“a previsão de normas sobre condutas e práticas restritivas da concorrência, controle de atos e contratos, foi retirada do modelo e o procedimento de aplicação da norma foi substituído por um modelo de consulta mais coerente e direto, com um capítulo especial para as atividades de coordenação das atividades de aplicação no que diz respeito a um caso específico, e outro capítulo dedicado às atividades conjuntas de assistência técnica para o desenvolvimento, adoção, implementação e cumprimento das leis e políticas de concorrência, inclusive por meio do compartilhamento de conhecimentos e informação.”³⁵⁸

Por outro lado, entendendo que, na prática, não se tem observado resultados efetivos na área de defesa concorrencial, Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues advogam a ideia de que “a tutela antitruste no Mercosul levará muito tempo para adotar as mudanças necessárias para garantir a operação prevista. Desse modo, ainda está em aberto como os cartéis ‘hard core’ serão tratados no âmbito do Mercosul”.³⁵⁹ E, segundo os autores, entre os cartéis internacionais *hard core* estão os acordos de fixação de preços, que são os grandes vilões do direito da concorrência, por serem considerados ilícitos antitruste e também crimes em vários ordenamentos. Assim, “geralmente, os cartéis ‘hard core’ são tratados como atos ilícitos ‘per se’. Isso significa que a prova do cartel é, em regra, suficiente para a conclusão de que se trata de uma conduta de efeito negativo sobre o bem-estar

³⁵⁷ Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/acordo-de-defesa-da-concorrenca-do-mercosul/>>. Acesso em: 9 maio 2013.

³⁵⁸ *Regulação da defesa da concorrência no Mercosul*. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1089>>. Acesso em: 9 maio 2013.

³⁵⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 250-251.

social, justamente por haver uma ausência de ganhos de eficiência com a fixação de preços.”³⁶⁰

4.2.2.3 Acordos bilaterais de cooperação

Diante das reações contrárias à aplicação extraterritorial de leis antitruste e de seus efeitos desagregadores ao comércio, existem iniciativas de cooperação internacional entre os Estados para a aplicação mais harmônica e efetiva de suas respectivas leis de proteção à concorrência. Esses acordos podem ser firmados entre quaisquer países, bilateral ou plurilateralmente.³⁶¹

Aparentemente, os espaços regionais e bilaterais têm alcançado êxitos mais claros.

A propósito, o aumento significativo de acordos de cooperação se deve aos incentivos e estímulos da OCDE, na medida em que facilitam que diferentes jurisdições cheguem a conclusões semelhantes em alguns casos e com menor custo para a obtenção de informações de interesse das partes envolvidas.³⁶² Entre os acordos bilaterais de destaque estão, por exemplo, os firmados entre os Estados Unidos e a União Europeia, entre os Estados Unidos e o Canadá, entre a Austrália e a Nova Zelândia e entre os Estados Unidos e o Japão.³⁶³

³⁶⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 187.

³⁶¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 170.

³⁶² De modo geral, segundo Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, os acordos de cooperação apresentam o seguinte conteúdo: (i) mútua notificação das investigações iniciadas em cada país; (ii) possibilidade de visita, no curso das investigações, de funcionários de uma agência a outra; (iii) possibilidade de solicitar a outro país signatário o início de investigação de práticas anticoncorrenciais que ocorrem em seu território, ainda quando os efeitos destas somente sejam sentidos no país solicitante; (iv) assistência recíproca para localização de testemunhas; (v) coleta de provas e depoimentos no território do outro signatário e (vi) previsão de encontros regulares das autoridades para debates acerca da evolução das políticas antitruste e para permitir a troca de informações. (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 243).

³⁶³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 239-240.

O principal fundamento dos acordos bilaterais de cooperação é o chamado princípio da cortesia positiva (*positive comity*), que, na expressão de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, “significa que a cortesia se fará presente toda vez que dois países que assinarem um acordo de cooperação decidirem aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade que fazem parte de sua legislação interna”.³⁶⁴ Também há a cortesia negativa, que faz parte de um expressivo número de acordos bilaterais. Nesse aspecto, a cortesia negativa significa que “uma parte do acordo bilateral deixa de aplicar a sua lei de concorrência para a conduta de uma empresa se essa aplicação colidir com a política governamental da outra. Assim, um Estado, quando aplica a sua lei concorrencial, levará em consideração os interesses de outro Estado apenas quando não existir incompatibilidade com os seus próprios interesses.”³⁶⁵

Gesner Oliveira e João Grandino Rodas explicitam que o acordo bilateral representa um benefício, tendo em conta que, frente às distintas jurisdições, permite se chegar a decisões menos discrepantes e a menor custo. O acordo não tem caráter vinculativo de um tratado internacional, estando mais próximo do acordo de cavalheiros e do *soft agreement*. Ademais, segundo os dois juristas, existem duas correntes que versam sobre a real utilidade dos acordos bilaterais: (i) para uns, o adensamento progressivo desses acordos traduz o estágio prévio do consenso multilateral, abrindo caminho para a harmonização do direito substantivo e (ii) para outros, a crescente celebração desses acordos servirá apenas para tonificar e aumentar, ainda mais, a força dos países que detêm maior poder de barganha e que, na prática, tendem a negociar isoladamente.³⁶⁶

O Brasil mantém acordo de cooperação com os Estados Unidos, celebrado em 26/10/99.³⁶⁷ No artigo 1.1 do acordo assinado pelas partes consta que a

³⁶⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 244.

³⁶⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 245.

³⁶⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 384.

³⁶⁷ Vitor Luiz Orsi de Souza, em seu artigo “Filosofia da lei da concorrência brasileira, americana e europeia”, faz um apanhado histórico das origens da legislação antitruste dos Estados Unidos, relatando que “inicialmente o governo americano adotou a teoria da concorrência-condição, na medida em que qualquer concentração empresarial era, por si só, proibida (*per se*

finalidade é “promover a cooperação, incluindo tanto a cooperação na aplicação das leis de defesa da concorrência, quanto a cooperação técnica, entre as autoridades das Partes na área de defesa da concorrência e garantir que as Partes assegurem consideração cuidadosa a seus importantes interesses recíprocos, na aplicação de suas leis de concorrência.”³⁶⁸

Nesses passos, não é demais lembrar o caso atinente à investigação do cartel da lisina. De fato, nos termos do acordo de cooperação firmado entre o Brasil e os EUA, a divisão antitruste do Departamento de Justiça norte-americano trabalhou conjuntamente com a SEAE/MF e a SDE/MJ na investigação do cartel das lisinas. Entre os anos de 1992 e 1995, os maiores produtores mundiais de lisina formaram um cartel *hard core* e passaram a fixar os preços dos produtos e as quantidades vendidas, fixando os limites de mercado de cada firma em diferentes continentes. As empresas foram processadas e consideradas culpadas pelas autoridades antitruste norte-americanas. Na Europa, de igual modo, houve a condenação por fixação de preços e divisão de mercado. No Brasil, por seu turno, a SDE/MJ concluiu que as provas colhidas e juntadas nos autos do processo administrativo diziam respeito apenas às empresas estrangeiras (matrizes), sem indícios de participação das subsidiárias brasileiras, as quais foram as únicas incluídas como representadas. Outrossim, houve a conclusão de que, entre o período da prática do cartel (de 1992 a 1995) e a manifestação da SDE/MJ,

condemnation). No entanto, esta lei não teve grande repercussão positiva nos seus primórdios, quando o governo americano, em 1903, criou o Bureau of Corporations, com a missão de investigar o desempenho das principais firmas atuantes no mercado interno e internacional. Por conseguinte, atribuiu uma verba de meio milhão de dólares para a devida implementação do Sherman Act. Com o investimento feito e com as importantes decisões emanadas pela Suprema Corte Americana, dissolvendo grandes processos de fusões empresariais, tendo sido a mais importante a dissolução das gigantescas Standard Oil Co. e a American Tobacco em 1911, o Sherman Act foi se consolidando. Não podemos deixar de comentar que no processo acima descrito a jurisprudência americana, de uma forma mais sensata e realista, abrandou o seu entendimento e, de uma forma flexível, orientou-se na teoria da *'rule of reason'* (regra da razão), como cânone oficial da lei Sherman, deixando a regra da *'per se condemnation'* para casos específicos. Disponível no site: Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12907/filosofia-da-lei-de-concorrenca-brasileira-americana-e-europeia>>. Acesso em: 3 maio 2013.

³⁶⁸ Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/.../acordo_brasil_eua.pdf>. Acesso em: 9 maio 2013.

transcorreram mais de quatorze anos, ocorrendo, assim, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, *ex vi* do artigo 1º da Lei nº 9.873/90.³⁶⁹⁻³⁷⁰

Em 16/10/2003, o Brasil formalizou acordo com a Argentina, fazendo constar, no seu artigo I.1, que o objetivo “é promover a cooperação entre as autoridades das Partes na área de defesa da concorrência, incluindo tanto a cooperação na aplicação das leis de defesa da concorrência, quanto a cooperação técnica, bem como garantir que as Partes assegurem consideração cuidadosa a seus importantes interesses recíprocos na aplicação de suas leis de concorrência.”³⁷¹

Nessa seara, pela importância que ostenta no cenário mundial, é oportuno mencionar a existência do chamado BRICS – Agrupamento Brasil-Rússia-Índia-China-África do Sul, sobre o qual o Ministério das Relações Exteriores do Brasil informa que

“A ideia dos *BRICS* foi formulada pelo economista-chefe da Goldman Sachs, Jim O’Neil, em estudo de 2001, intitulado ‘Building Better Global Economic *BRICs*’. Fixou-se como categoria da análise nos meios econômico-financeiros, empresariais, acadêmicos e de comunicação. Em 2006, o conceito deu origem a um agrupamento, propriamente dito, incorporado à política externa de Brasil, Rússia, Índia e China. Em 2011, por ocasião da III Cúpula, a África do Sul passou a fazer parte do agrupamento, que adotou a sigla *BRICS*. (...)”

Como agrupamento, o *BRICS* tem um caráter informal. Não tem um documento constitutivo, não funciona com um secretariado fixo nem tem fundos destinados a financiar qualquer de suas atividades. Em última análise, o que sustenta o mecanismo é a vontade política de seus membros.

³⁶⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*, p. 252-254.

³⁷⁰ Além da investigação do cartel da lisina, Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues também destacam, entre as experiências do Brasil na área de cooperação internacional, as investigações referentes ao cartel das vitaminas, cartel do papel higiênico e cartel dos compressores. (*Direito antitruste*, p. 254-256).

³⁷¹ Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/central.../acordo_brasil_argentina.pdf>. Acesso em: 9 maio 2013.

Ainda assim, o *BRICS* tem um grau de institucionalização que se vai definindo, à medida que os cinco países intensificam sua interação.³⁷²

No ano de 2009, entre os dias 31 de agosto e 02 de setembro, o Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, Antônio Silveira, e o Conselheiro do CADE, César Mattos, participaram da primeira Conferência Internacional dos BRICs (Brasil, Rússia, China e Índia) sobre Concorrência na cidade de Kazan, situada na Rússia. Ressalte-se que, na ocasião, as delegações dos quatro países, os membros de órgãos de defesa da concorrência de outros países e da chamada comunidade antitruste internacional, incluindo os mais tradicionais dos EUA e da Comunidade Europeia, participaram das discussões sobre a intensificação e a implementação de acordos de cooperação técnica, bem como de apresentação de painéis abertos acerca de temas de defesa da concorrência. Como resultado dessas tratativas iniciais, os chefes das quatro delegações dos BRICs assinaram um Comunicado Conjunto, expressando o compromisso de avançar cada vez mais na cooperação técnica entre os quatro países.³⁷³

O Brasil e a Rússia assinaram um Programa de Cooperação bilateral na área da política da concorrência e, entre os principais direcionamentos da cooperação, constam: (i) aperfeiçoamento das bases jurídicas da política de concorrência; (ii) realização de medidas práticas para regulação antimonopolista e desenvolvimento de ambiente concorrencial; (iii) troca de experiência no campo de revelação de casos ligados à violação da legislação concorrencial; (iv) troca de experiência no campo do respeito de regras antimonopolistas na política de comércio exterior; (v) criação de condições favoráveis ao funcionamento eficaz dos mercados de mercadorias e valores e (vi) desenvolvimento da base científica e metodológica para pesquisas no campo do direito concorrencial.³⁷⁴

³⁷² Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/mecanismos-inter-regionais/agrupamento-brics>>. Acesso em: 9 maio 2013.

³⁷³ Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/noticias/seae-e-cade-participam-da-primeira-conferencia-internacional-dos-brics>>. Acesso em: 9 maio 2012.

³⁷⁴ Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/.../acordo_brasil_russia>. Acesso em: 9 maio 2013.

Como é cediço, a China mantém intensa parceria comercial com o Brasil. E, centrando foco sobre essa parceria, José Antônio Batista de Moura Ziebarth noticia que, ao longo da última década, observou-se um estreitamento do diálogo político entre Brasil e China, com expressiva elevação das operações comerciais e significativos investimentos. De acordo com o autor, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) promoveu importante estudo sobre as relações entre o Brasil e o país asiático no ano de 2011,³⁷⁵ sendo que, quanto à questão da defesa da concorrência, entrou em vigor, há cerca de três anos, a primeira lei antitruste na

³⁷⁵ “Desde 2009, a China é o maior importador dos produtos brasileiros. Naquele ano, absorveu 15,2% das exportações brasileiras, de modo a superar os Estados Unidos. Em recente estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), publicado em abril de 2011, esse panorama se evidencia.

As relações comerciais Brasil-China, entre 2000 e 2010, tiveram crescimento superior à elevação do comércio entre o Brasil e o mundo. Entre 2000 e 2010, as exportações brasileiras para a China elevaram-se de US\$ 1,1 bilhão – 2% do total das exportações do Brasil – para US\$ 30,8 bilhões – 15% do total, ao passo que as importações brasileiras da China cresceram de US\$ 1,2 bilhão – 2% do total – para US\$ 25,6 bilhões – 14% do total. Ao longo desse período, o saldo foi positivo para o Brasil em seis anos.

Referido estudo destaca a concentração das exportações brasileiras em produtos básicos, e aponta que, apesar de o Brasil estar em superávit em sua balança comercial com a China, sendo um importante fornecedor de alimentos, petróleo e matérias-primas, corre o risco de estagnar no médio e no longo prazo como exportador de ‘commodities’.

Acrescentou, ainda, que o Brasil poderia utilizar os investimentos chineses para potencializar a infraestrutura e agregar valor à produção no território nacional para os segmentos do agronegócio, do minério e aço e do petróleo. Para a manufatura, por sua vez, recomenda requerer um maior conteúdo local (empresas brasileiras) na produção de peças e componentes.

Segundo o estudo, o investimento chinês pode significar o aporte de capital e tecnologia nos segmentos de infraestrutura, de sorte a colaborar na viabilização de grandes projetos de infraestrutura econômica e social do Programa de Aceleração do Crescimento, da Copa do Mundo de 2014 e da Olimpíada de 2016.

É preciso também ampliar a presença das empresas brasileiras no território chinês. Os desafios, no entanto, estão em diminuir as assimetrias nas políticas de atração de investimento direto desses países, refletidas em seus quadros regulatórios. É ainda oportuno mencionar que essa complexa tarefa não envolve apenas o governo, mas necessita da intensificação da participação da sociedade civil, em particular, o empresariado, a academia e a imprensa.” (ZIEBARTH, José Antônio Batista de Moura. *Estado, mercado e políticas públicas – A defesa da concorrência em um contexto de avanço das relações Brasil-China*. Disponível em: <<http://www.ibefsp.com.br/artigos/estado-mercado-e-politicas-publicas-a-defesa-da-concorrancia-em-um-contexto-de-avanco-das-relacoes-brasil-china/>>. Acesso em: 9 maio 2013).

China, depois de quase quinze anos de discussões e análise de diversos projetos sobre o tema. Esse diploma legal decorre de um processo de reestruturação econômica que a China tem vivenciado desde a década de 1970. Nessa ordem de considerações, José Antônio Batista de Moura Ziebarth afirma que

“É certo que essas transformações não são livres de polêmicas. Em virtude da concentração econômica histórica e estrutural, assim como em decorrência das políticas de intervencionismo e de reserva de mercado, tal como no Brasil e em muitos países da América Latina, existem resistências à prevenção da concentração econômica e ao combate às práticas anticompetitivas em território chinês.

Logo, não é sem razão que os debates a respeito dessa legislação tenham demandado mais de uma década.

Nesse cenário de profundas alterações no país asiático, a adoção de uma vigorosa legislação antitruste, tal como já existe em nações desenvolvidas e em desenvolvimento, merece nossa atenção e constitui um importante avanço do governo chinês para o aumento do bem-estar de seus cidadãos.”³⁷⁶

4.3 CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

A globalização econômica tem gerado efeitos no campo do direito da concorrência, impondo a necessidade de uma revisão nas legislações nacionais e impelindo os países à criação de normas e foros supranacionais, a fim de harmonizar a aplicação das diferentes legislações hoje existentes. A disciplina do controle dos atos de concentração tem acompanhado essa nova tendência mundial.

O direito antitruste dos EUA tem sido o principal paradigma da criação e aplicação de leis antitruste, incorporando teorias econômicas para a apreciação do tema.

³⁷⁶ ZIEBARTH, José Antônio Batista de Moura. *Estado, mercado e políticas públicas – A defesa da concorrência em um contexto de avanço das relações Brasil-China*. Disponível em: <<http://www.ibefsp.com.br/artigos/estado-mercado-e-politicas-publicas-a-defesa-da-concorren-cia-em-um--de-avanco-das-rela-coes-brasil-china/>>. Acesso em: 9 maio 2013.

No atual contexto, há a influência do conceito de eficiência econômica no antitruste em geral e, sobretudo, no controle de atos de concentração.

Sob o prisma doutrinário, existe diferenciação entre eficiência alocativa, que se refere à eficiência geral dos mercados em levar os fatores de produção aos seus pontos de aplicação ótima, e a eficiência produtiva, que se relaciona à efetiva e melhor coordenação dos fatores de produção pelas empresas, individualmente consideradas. Dentre os principais itens da eficiência produtiva encontram-se as economias de escala, a integração das fases produtivas, os custos de transportes, o sistema de distribuição, custos de publicidade e *marketing*, as pesquisas e desenvolvimento de novas tecnologias.³⁷⁷

A eficiência alocativa tende a ser correspondente à existência de concorrência nos mercados, ou seja, com a existência de maior número de unidades produtivas. A eficiência produtiva, por sua vez, decorre da escala de produção e da capacidade dos produtores de investir em tecnologia, exigindo a presença de agentes com maior poder financeiro e maquinário e, portanto, maiores no mercado (maior concentração).³⁷⁸

A globalização econômica produz algumas alterações na dinâmica da concorrência que levam à reestruturação dos agentes econômicos para minimizar custos e maximizar sua produtividade e que, dessa feita, impõem a inclusão da eficiência produtiva das operações como elemento importante a ser analisado no direito da concorrência e, especialmente, no controle dos atos de concentração.³⁷⁹

Dentro das perspectivas da onda de globalização, as principais defesas vinculadas à política industrial em atos de concentração aceitas pelas legislações, e que são conciliáveis com a proteção à concorrência, são os incentivos à pesquisa e desenvolvimento, às empresas em crise ou aos setores em depressão.

³⁷⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 182.

³⁷⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 184.

³⁷⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 183.

No direito pátrio, o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 estabelece a autorização dos atos de concentração que: (i) aumentem a produtividade ou a competitividade; (ii) melhorem a qualidade de bens ou serviços e (iii) propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.³⁸⁰

As novas condições de concorrência na economia globalizada têm, de fato, acelerado o processo de reestruturação das empresas, bem como têm gerado um alto número de operações de concentração que envolvem dois ou mais mercados relevantes e, via de consequência, acabam envolvendo diversas autoridades antitruste nacionais (ou supranacionais, no caso da Comissão da Comunidade Europeia) diferentes.³⁸¹

Diante da necessidade de harmonizar as decisões nas operações internacionais de concentração, as autoridades procuram agir em cooperação, buscando harmonizar os “remédios” acordados com as partes para mitigar os efeitos anticompetitivos das operações e possibilitar sua aprovação.³⁸²

No acordo de cooperação firmado entre Brasil e Estados Unidos, o artigo II.2 traz a seguinte redação:

³⁸⁰ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I e II – ... ‘omissis’...

§ 1º ‘usque’ § 5º ... ‘omissis’...

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

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

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

³⁸¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 214.

³⁸² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 216.

“2. As Atividades de Aplicação a serem notificadas em conformidade com este artigo são aquelas que: (a) forem relevantes para as atividades da outra Parte na aplicação de suas leis; (b) envolvam Práticas Anticompetitivas, que não fusões ou aquisições, realizadas no todo ou em parte substancial no território da outra Parte; (c) envolvam fusões ou aquisições nas quais uma ou mais das partes da transação, ou uma empresa que controle uma ou mais das partes da transação, for uma empresa constituída ou organizada sob as leis da outra Parte, ou de um de seus estados; (d) envolvam condutas supostamente requeridas, encorajadas ou aprovadas pela outra Parte; (e) envolvam medidas legais que explicitamente exijam ou proíbam determinada conduta no território da outra Parte ou forem, de outra maneira, aplicados a conduta no território da outra Parte; ou (f) envolvam a busca de informações localizadas no território da outra Parte.”

Ao aludir a esse acordo, Ana Maria Nusdeo pondera que, na prática, são remotas as possibilidades de que as autoridades brasileiras emitam decisões discrepantes das de outros países em que estão sediadas as matrizes das empresas atuantes no território brasileiro. Não obstante isso, “deve haver um cuidado e esforço, porém, de afirmação dos interesses da proteção à concorrência no país, com a imposição dos remédios para tanto considerados necessários, ou mesmo da solução mais radical da negação da operação.”³⁸³

Na Comunidade Europeia há também controle de concentração de empresas, estando em vigor o Regulamento de 2004, que substituiu o Regulamento de 1989.

Romano Subiotto e Martim Valente, no artigo intitulado “A evolução do direito europeu das concentrações”, opinam que o sistema de controle de concentrações da União Europeia tem sido bem sucedido, notadamente porque há uma única entidade administrativa que avalia o impacto concorrencial de todas as operações,

³⁸³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*, p. 216.

consistindo, pois, na forma mais eficiente de: (i) preservar o mercado europeu; (ii) criar um sistema uniformizado de apreciação das concentrações e (iii) estimular investimentos oriundos do exterior, visto que as empresas que intentam lá investir sabem que terão que notificar apenas uma entidade reguladora.³⁸⁴⁻³⁸⁵

Quanto ao Mercosul, o Conselho do Mercado Comum aprovou, mediante a assinatura do MERCOSUL/CMC/DEC nº 15/06, o “Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes para o Controle de Concentrações Econômicas de Âmbito Regional”. Nesse documento consta, especificamente no artigo I.1 do Anexo, que o objetivo do Entendimento é “promover a cooperação, incluindo tanto a cooperação para a aplicação dos procedimentos de controle de concentrações econômicas previstos nas legislações nacionais quanto a cooperação técnica entre as Autoridades de Concorrência, e assegurar que os Estados Partes tomem em consideração os importantes interesses recíprocos envolvidos nestas atividades.”

Para fins do Entendimento em referência, o controle de concentração econômica é um procedimento de caráter preventivo que requer a apreciação de operações, sob quaisquer formas manifestadas, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Além disso, o controle de concentração econômica de âmbito regional é o controle de concentração reconhecido por duas ou mais

³⁸⁴ In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011. p. 462.

³⁸⁵ Romano Subiotto e Martim Valente, no artigo intitulado “A evolução do direito europeu das concentrações”, narram a evolução história da legislação antitruste da União Europeia, informando que, inicialmente, o Tratado de Roma, que instituiu a antiga Comunidade Econômica Europeia em 1958, não previa qualquer disposição referente ao controle de concentrações. Em 1990, a União Europeia passou a adotar um regime especial para o controle prévio das concentrações, sendo que, antes disso, a Comissão Europeia valeu-se de instrumentos de direito antitruste “comum” para fiscalizar as concentrações que poderiam gerar efeitos anticompetitivos. Ulteriormente, os artigos 102 e 103 do Tratado Europeu não se mostraram mais aptos ao controle efetivo das concentrações, razão pela qual, após muitas tratativas, houve a adoção do Regulamento de 1989 e, posteriormente, a adoção do Regulamento de 2004. (In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*, p. 447-448).

autoridades antitruste dos Estados-membros como um controle de interesse de dois ou mais Estados integrantes do Mercosul, por avaliar que uma operação de concentração pode ter efeitos em um mercado geográfico relevante que abranja o território de mais de um Estado signatário.³⁸⁶

O que se pode constatar, a partir dos dados colhidos e observados na pesquisa ora empreendida, é que a uniformização multilateral das leis antitruste ainda não se concretizou, prevalecendo, por enquanto, os ordenamentos regionais e os acordos bilaterais de cooperação, com previsão de controle dos atos de concentração de empresas em várias legislações de defesa da concorrência.

³⁸⁶ Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/PT/DEC_015-006_PT_EntendCoopAutoDefConc.pdf>. Acesso em: 9 maio 2013.

CONCLUSÃO

A partir das considerações alinhadas no decorrer deste trabalho, pode-se verificar que o processo de globalização econômica altera a dinâmica da concorrência internacional e as estratégias de competição das empresas em espaços cada vez mais amplos, que extravasam as fronteiras dos países.

Essa realidade impõe às autoridades de diversas nações a necessidade de revisão das políticas públicas e de reforço das políticas de concorrência que prestigiem não só o controle das estruturas das empresas, mas também enfoquem o controle das condutas desses agentes, com vistas a estimular a competitividade saudável, a adoção de postura empreendedora, a difusão da cultura de inovação e de eficiência no mercado, bem como a aprimorar os métodos de monitoramento e de fiscalização que desestimulem e coíbam a prática de atos anticompetitivos por parte daqueles que, volta e meia, procuram meios e formas para o aniquilamento dos efetivos e/ou potenciais concorrentes no mercado.

Num mundo de economia globalizada, com efeitos positivos e negativos daí decorrentes, as autoridades antitruste tendem a impor condições para a aprovação das operações de concentração, sobretudo porque tem havido a expansão de agentes detentores de um poder de mercado suficiente para explorar consumidores e eliminar implacavelmente outros concorrentes, num comportamento predatório caracterizador de abuso de poder econômico, que, comumente, acaba por conduzir ao fenômeno da monopolização.

As práticas anticoncorrenciais e o excesso de protecionismo têm sido frequentes em diversos países, de sorte que os debates acerca desses temas têm se acentuado nos fóruns internacionais, com consequente intensificação do

movimento pela uniformização das leis antitruste, cabendo aqui destacar que, na atual conjuntura, há a prevalência de regramento em plano regional e de acordos bilaterais de cooperação em matéria de defesa da concorrência.

No que tange especificamente ao cenário brasileiro, é possível destacar a atuação mais intensiva do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, que, ao longo dos últimos anos, vem aprimorando tecnicamente as suas decisões, o que acaba por lhe render, gradualmente, mais credibilidade e mais força institucional para julgar os casos submetidos à sua apreciação.

Por derradeiro, impõe-se concluir que, nesse contexto de economia globalizada, um dos grandes desafios das autoridades será implementar, na intensidade adequada e medidas acertadas, a intervenção no domínio econômico mediante uma política de concorrência eficaz, conjugando o controle equilibrado do binômio “estrutura-conduta” com os fortes interesses dos agentes econômicos envolvidos em toda essa dinâmica comercial, seja no âmbito nacional ou na órbita internacional.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ANDRADE, Maria Cecília. Concentrações verticais – análise da aplicação do art. 54 da Lei 8.884/94. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática de atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo C. Nova lei do CADE e os atos de concentração. *Jornal Valor Econômico* em 29/05/2012. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/5/29/nova-lei-do-cade-e-os-atos-de-concentracao>>. Acesso em: 8 maio 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Devido processo legal e direito administrativo sancionador – algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do CADE. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. II.

BASEDOW, Jürgen. Antitruste ou direito da concorrência internacional. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). *Publicações da Escola da AGU – Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo e respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed., rev., atual. e ampliado por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRANCHER, Paulo. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010.

BRANCHER, Paulo. *Joint ventures e os limites da colaboração entre concorrentes*. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de empresas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

BUENO, Marcio de Carvalho Silveira Bueno. Limites para o CADE rever suas decisões em atos de concentração. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO JR., Itamar de. Constituição Federal de 1988: liberdade, regulação e concorrência. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo. *Direito antitruste e relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação*. Curitiba: Juruá, 2002.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Poder econômico e defesa da concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). *Publicações da Escola da AGU – Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011.

COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 22, jul. 2012. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. <www.cade.gov.br>.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. *Regulação da defesa da concorrência no Mercosul*. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1089>>. Acesso em: 9 maio 2013.

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

CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*. São Paulo: Manole, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. A definição do produto nas investigações de *dumping* e a contribuição do direito da concorrência. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência* – em homenagem ao prof. dr. Fábio Nusdeo. Curitiba: Juruá, 2009.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FAGUNDES, Jorge. Defesa da concorrência e restrições verticais. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência* – em homenagem ao prof. dr. Fábio Nusdeo. Curitiba: Juruá, 2009.

FALCONE, Bruno. Revisão judicial das decisões do CADE em atos de concentração. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERES, Marcos Vinício Chein. *Joint ventures* – o consórcio de empresas no direito brasileiro. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 8, jan. 2001. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 8 maio 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE – o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 20, jul. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito econômico internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: RT, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

FOX, Eleanor. *Imagine: Pro-Poor(Er) Competition Law*. Disponível em: <<http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF%282013%294&docLanguage=En>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

FOX, Eleanor. *The efficiency paradox*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1431558>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GUERRIERO, Ian Ramalho. Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação nos casos AMBEV, NESTLÉ-GAROTO e CVRD. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 15, jan. 2007. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

JAEGER JUNIOR, Augusto; SCHWAGER, Simon. A política de defesa da concorrência na União Europeia e no Mercosul – uma comparação das experiências recentes. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). *Publicações da Escola da AGU – Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o CADE. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 22, jul. 2012. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

MAYER, Giovanna. O direito antitruste brasileiro e o papel do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83516>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MERCOSUL – MERCADO COMUM DO SUL. <www.mercosul.gov.br>.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. <www.itamaraty.gov.br>.

NAZZAR, Nelson. *Direito econômico*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

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

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor – anotado e comentado – doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. <www.oecd.org>.

PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. *Princípios de economia*. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2008.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Defesa da concorrência no cenário internacional – o caso das negociações multilaterais no GATT/OMC. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53748>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Artigos 54 a 57. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos – comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; GONÇALVES, Priscila Brólio. O CADE, a concorrência e a operação Nestlé-Garoto. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2007, n. 245, maio/ago. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIprintcntd.aspx?pdiCntd=68198>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

SALLES, Luiz Eduardo. Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 21, jan. 2012. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. <www.seae.fazenda.gov.br>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. *Filosofia da lei de concorrência brasileira, americana e europeia*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12907/filosofia-da-lei-de-concorrencia-brasileira-americana-e-europeia>>. Acesso em: 3 maio 2013.

SOUZA, Washington Peluso Albino. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

SUBIOTTO, Romano; VALENTE, Martim. *A evolução do direito europeu das concentrações*. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A função administrativa no controle dos atos de concentração*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12724>>. Acesso em: 8 abr. 2013.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILELA, Juliana Girardelli. *Joint ventures sob o prisma concorrencial*. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.

ZIEBARTH, José Antônio Batista de Moura. *Estado, mercado e políticas públicas – A defesa da concorrência em um contexto de avanço das relações Brasil-China*. Disponível em: <<http://www.ibefsp.com.br/artigos/estado-mercado-e-politicas-publicas-a-defesa-da-concorrencia-em-um-contexto-de-avanco-das-relacoes-brasil-china/>>. Acesso em: 9 maio 2013.