

FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

HELOISE IRMA STEPHANIA CADORIN

**A ATUAÇÃO DO CADE E O ARTIGO 20, INCISOS III E IV, DA LEI Nº.
8.884/1994.**

RECIFE
2010

HELOISE IRMA STEPHANIA CADORIN

**A ATUAÇÃO DO CADE E O ARTIGO 20, INCISOS III E IV, DA LEI N.º.
8.884/1994.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã
como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Ciência Jurídica
Orientadora: Nair Leone

**RECIFE
2010**

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

C125a Cadorin, Heloise Irma Stephania.
A atuação do CADE e o artigo 20, Incisos III e IV, da Lei nº
8.884/1994 / Heloise Irma Stephania Cadorin. - Recife, 2010.
55 f.

Orientador (a): Prof.^a Nair Leone.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2010.
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Concorrência. 3. Abuso de poder. 4. CADE. I. Leone,
Nair. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2010-0024)

HELOISE IRMA STEPHANIA CADORIN
A ATUAÇÃO DO CADE E O ARTIGO 20, INCISOS III E IV, DA LEI Nº. 8.884/1994.

Defesa Pública em Recife-Pe, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientadora: Professora: Nair Leone

1º Examinador(a): Professor(a): _____

2º Examinador(a): Professor(a): _____

DEDICATÓRIA

Certamente esta folha de papel em branco não seria suficiente para conter todos os nomes das inúmeras pessoas queridas, as quais eu gostaria de dedicar esta monografia.

Por questão de justiça e pela ausência, ao meu pai, exemplo de retidão e hombridade, que sempre combateu as desigualdades e a opressão do mais forte sobre o mais fraco. À minha mãe, pelo exemplo de força, coragem, determinação e principalmente pelo amor e paciência a mim sempre dispensada.

Aos meus irmãos e noras queridas que me deram meus quatro sobrinhos Catherina, Giovanna, Maria e Lucca, nesta ordem cronológica, que são a razão do meu orgulho e renovação do meu espírito.

Aos mestres, cada um com seus tão importantes ensinamentos e que muito contribuíram para este momento.

Aos amigos, todos, sem exceção, sintam-se obrigatoriamente parte desta dedicatória, pois sempre e em todos os momentos de minha vida nunca me faltaram.

Aos fiéis colaboradores, Riselda, Nelma e Misso, sempre engajados neste propósito e integralmente disponíveis.

Aos meus colegas de turma, pelos maravilhosos últimos cinco anos. Nunca pensei que aprenderia e me divertiria tanto ao mesmo tempo. Achei que aqueles anos da velha infância não pudessem ser repetidos, que bom que me enganei, graças a vocês.

Ao Professor Dr. Teodomiro Cardozo, que mesmo sem ter compromisso algum, se disponibilizou a ler este trabalho e a fazer críticas importantes e construtivas.

Por fim e em especial, a minha dedicatória maior à Professora Dra. Nair Leone, minha orientadora e, sobretudo, exemplo de capacidade, preparo e seriedade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus sobre todas as coisas.

À minha família, pelo amor incondicional.

Aos amigos, por tornarem minha vida mais alegre e bonita.

Aos mestres, pelos ensinamentos e orientações.

Aos queridos colegas, pela companhia, união e maravilhoso convívio que espero levar adiante.

Aos funcionários desta Instituição de ensino, sempre disponíveis, dedicados e solidários com a causa.

RESUMO

Ao se traçar um paralelo entre a sociedade e o mercado é possível depreender que, assim como a sociedade precisou ser regulamentada – através da criação do Estado – para possibilitar a harmonia na convivência entre os indivíduos, o mercado carece de regulamentação, com vistas a propiciar um sadio ciclo de concorrência. A todo instante, deparamo-nos com conflitos de interesses decorrentes de atos que maculam a vida em sociedade e que evocam novas regulamentações. De igual forma, no universo mercantil, as práticas de desvalorização da livre iniciativa e da concorrência suscitaram a necessidade de intervenção de um ente regulamentatório. No Brasil, tal situação é regulamentada através da lei 8.884/1994 – denominada “Lei Antitruste Brasileira” –, que leciona sobre o sistema de proteção à concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão aos atos praticados em prejuízo à ordem econômica. Tal legislação é aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (órgão responsável pelo controle da concorrência e competente para deliberar sobre circunstâncias que evoquem aspectos que configurem abuso de poder econômico). A referida norma elenca, no seu artigo 20, infrações que se caracterizam atos nocivos à concorrência, a exemplo do aumento arbitrário de lucros e do exercício abusivo de posição dominante. É imprescindível a visualização das práticas comerciais ilícitas, bem como as formas de prevenção e repressão dessas condutas. Esta pesquisa propôs-se a analisar as medidas dispensadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a evitar e punir práticas anticoncorrenciais, principalmente dos grandes canais de distribuição de produtos, que fazem uso de práticas desleais e nocivas tendentes a se apoderar dos lucros dos pequenos fornecedores. Não se pretende tratar aqui, por razões óbvias, do que já efetivamente acontece, mas sim daquilo que permeia as relações comerciais e de mercado, a exemplo das práticas escusas e que não podem ser identificadas e sanadas senão pela força que as torna transparentes, a denúncia.

Palavras-chaves: Concorrência. Concorrência desleal. Abuso de poder econômico. CADE.

RESUN

Con un parallelo tra l'azienda e il mercato è possibile concludere che, poiché la società doveva essere regolata - con la creazione dello Stato - in armonia per consentire la convivenza tra gli individui, le esigenze del mercato regolamento, volto a fornire un ciclo di sana concorrenza. In qualsiasi momento, siamo di fronte a conflitti di interesse derivanti da atti che offuscano la vita nella società, evocando nuovi regolamenti. Allo stesso modo, nel mercato mondiale, le pratiche di ammortamento della libera impresa e la concorrenza hanno sollevato la necessità di un intervento da un regolamentatorio amato. In Brasile, questa situazione è regolata dalla Legge 8.884/1994 – “Brasileana Antitrust Law” -, che insegna in merito al sistema di tutela della concorrenza e prevede per la prevenzione e repressione degli atti effettuate a spese di ordine economico. Questa normativa è applicata da parte del Consiglio Economico della Difesa (organismo incaricato del controllo della concorrenza e di decidere in merito alle circostanze che evocano gli aspetti che caratterizzano l'abuso del potere economico). Questo elenca regola, di cui all'articolo 20, che sono caratterizzati infrazioni atti dannosi per la concorrenza, come l'aumento arbitrario dei profitti e l'esercizio abusivo di posizione dominante. E' essenziale la visualizzazione delle pratiche commerciali illegali, così come i modi per prevenire e reprimere tali comportamenti. Questo studio finalizzato ad esaminare le misure erogato dal sistema giuridico brasiliano, al fine di prevenire e punire le pratiche anticoncorrenziali, in particolare i principali canali di distribuzione per i prodotti che fanno uso di ingiusto e dannoso, al fine di cogliere gli utili di piccole fornitori. Non è destinato a trattare qui, per ovvie ragioni, che si effettivamente accade, ma ciò che sta alla base del commercio e del mercato, come le pratiche disoneste che non possono essere individuati e risolti solo in virtù che li rende trasparente, denuncia.

Parole chiave: concorrenza. Concorrenza sleale. Abuso di potere economico. CADE

SUMÁRIO

Introdução	09
CAPÍTULO 1 A CONCORRÊNCIA.....	11
1.1 A classificação da concorrência.....	12
1.1.1 A concorrência perfeita	12
1.1.2 A concorrência Imperfeita ou Monopolística.....	13
1.1.3 O Oligopólio	15
1.1.3.1 O Cartel	15
1.1.4 O Monopólio	16
CAPÍTULO 2 DIREITO CONCORRENCIAL E A ORDEM ECONÔMICA.....	18
2.1 A ordem econômica brasileira na Constituição Federal de 1988	20
2.2 Os princípios gerais e princípios constitucionais tutores do direito concorrencial	21
2.2.1 O Princípio da liberdade de comércio	22
2.2.2 O Princípio da liberdade contratual	22
2.2.3 O Princípio da Igualdade	22
2.2.4 O Princípio da Transparência de mercado	23
2.2.5 O Princípio da análise econômica	23
2.2.6 O Princípio da Regra da Razão	24
2.2.7 O Princípio da Eficiência	25
CAPÍTULO 3 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	26
3.1 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).....	30
3.1.1 Os papéis preventivo, repressivo e educativo do CADE	32
3.2 A Lei 8.884/1994 - A Lei Antitruste Brasileira	33
3.3 As infrações previstas na Lei 8.884/1994 – o artigo 20 e 21	38
3.3.1 Os incisos III e IV do artigo 20 da Lei 8.884/1994 e o abuso de poder	41
3.4 Decisões do CADE	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS... ..	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51
ANEXOS – Jurisprudência do CADE	54

INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, doravante CADE, enquanto órgão responsável pelo controle e fiscalização da concorrência, é um tribunal administrativo, com jurisdição em todo o território nacional, detentor da competência de punir os atos daqueles que exorbitam do direito ao exercício da livre iniciativa e da livre concorrência.

Tais princípios-direitos (livre iniciativa e livre concorrência) têm precedentes essencialmente no liberalismo econômico e remetem ao predomínio do *laissez faire, laissez passer* nas relações privadas, todavia, a história demonstrou a necessidade de regulamentação de tais liberdades.

O Poder Constituinte, preocupado com a realização da justiça social nas práticas mercantis desempenhadas no país, tornou os referidos princípios em normas constitucionais. Para Silva o desenho da proteção à livre concorrência encontra-se consubstanciado no artigo 170, inciso IV da Carta Magna e caracteriza-se “como um dos princípios da ordem econômica.” O autor ainda ressalta que tal princípio, na medida em que representa a própria manifestação do direito da liberdade de iniciativa, o texto constitucional previu que o abuso de poder econômico, que tenha por finalidade a dominação de mercado, será reprimido pela lei.¹

No Brasil, tal limitação dá-se através da intervenção estatal e mais especificamente através da atuação do CADE, cujo desempenho restou regulamentado em uma legislação especial, qual seja: a Lei 8.884/1994.

Tal legislação apareceu no nosso ordenamento jurídico com escopo eminentemente antitruste e constitui-se como instrumento para assegurar o livre jogo do mercado e obstaculizar o abuso do poder econômico. O CADE, por sua vez, constitui-se como a Autarquia federal, responsável por interpretar e aplicar as disposições contidas no diploma retro.

Esta pesquisa propôs-se a analisar duas das infrações indicadas no mencionado diploma legal – as quais se encontram disciplinadas nos III e IV do artigo 20 da Lei 8.884/1994 e versam sobre o aumento arbitrário dos lucros, bem como sobre o exercício de forma abusiva da posição dominante – e a sua incidência nas condutas das grandes redes varejistas, em razão do seu poder de barganha junto aos pequenos fornecedores, impondo a

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 761.

estes condições de compra de suas mercadorias que mais se afiguram uma provocação à dependência econômica e, por consequência, em abuso.

No primeiro capítulo, será abordado o fenômeno concorrencial à luz da globalização, com ênfase nas práticas desenvolvidas pelos empreendedores ao longo da história. Será feito um giro nas modalidades concorrenciais que se caracterizam práticas ilícitas.

O segundo capítulo terá por enfoque o conjunto normativo brasileiro que disciplina o direito concorrencial, com ênfase nos princípios constitucionais que versam sobre a matéria.

No terceiro capítulo será destacada a estruturação do sistema concorrencial brasileiro, dando relevo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, enquanto órgão legitimado a fiscalizar as práticas comerciais, bem como serão analisadas as condutas que implicam em abuso de poder econômico tipificadas na lei antitruste como infrações administrativas, com ênfase no aumento arbitrário de lucros e do exercício abusivo de posição dominante.

Será analisado o impacto de tais infrações na relação entre grandes redes varejistas e pequenos fornecedores, bem como a posição do CADE em circunstâncias semelhantes.

Por derradeiro, não se olvide de enfatizar que o presente estudo consiste num trabalho didático, que tem a pretensão de ponderar acerca de algumas noções essenciais sobre a livre concorrência e as formas de combate à prática de condutas abusivas.

1 A CONCORRÊNCIA

Desde a instituição do contrato social percebeu-se a necessidade de regulamentação das atividades humanas tendo em vista uma convivência harmônica entre os indivíduos. Dentre as condutas tuteladas, encontra-se a concorrência, prática consistente no fato de um aspirar ao que é do outro, ou, ainda, disputa entre indivíduos pelo mesmo bem. A competição pode ser visualizada tanto no seio familiar, quando os irmãos disputam a mesma fatia do bolo, como em sentido global, quando relacionada a práticas comerciais.

Durante o liberalismo econômico, houve no âmbito doutrinário grande discussão acerca da regulamentação das práticas concorrenciais no mercado, haja vista a preponderância do *laissez faire, laissez passer*, tão apregoado por Adam Smith, pelo qual a mão invisível se encarregaria de regulamentar o mercado.

Todavia, as grandes crises econômicas mundiais (v.g. o “crack” da Bolsa de Nova Iorque, em 1930 e o escândalo do mercado imobiliário norte-americano 2008/2009) demonstraram a insuficiência da “mão invisível” e a necessidade de intervenção Estatal, com vistas a garantir uma competição ordenada e compatível com a harmonia social, princípio tão caro ao pacto social.

Antes, contudo, de se adentrar na temática atinente ao intervencionismo, torna-se preponderante tecer algumas considerações sobre a concorrência.

Na lição de Marques:

A palavra concorrência tem sua origem no latim medieval *concurrentia*, derivado do verbo *concurrere* o significado jurídico de *competir pela mesma coisa*. Entende-se por concorrência, no campo econômico, a disputa entre as empresas na conquista de novos *mercados*, a fim de alcançarem uma maior penetração para seus produtos. É a disputa entre agentes econômicos que exploram a mesma atividade visando à conquista do *mercado*. (grifos constantes no original)²

No mesmo esteio, Carpena assevera que:

Concorrência, na economia de mercado, significa a circunstância na qual se encontram fornecedores de produtos ou serviços, disputando uma clientela que se disponha a adquiri-lo, e tendo por fim um objetivo empresarial, que pode ser maior lucratividade, maior volume de vendas ou simplesmente maior parcela no mercado. A origem etimológica da palavra “concorrer” é o latim *concurrere* (cum *currere*), que significa correr juntamente. Todavia, embora o vocábulo traduza uma idéia de cooperação, o sentido que se lhe atribui modernamente não é de “associação”, mas sem de “competição”, sendo “concorrentes” aqueles que disputam entre si. [...] A

² MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107

concorrência também é compreendida como processo de formação de opinião, situação que permite a livre circulação de informações fidedignas, de acordo com a qual os agentes econômicos vão tomar suas decisões num determinado mercado.³

De acordo com a referida autora, a concorrência relaciona-se com a liberdade, pela qual os agentes econômicos envolvidos, através de um planejamento descentralizado, determinam os procedimentos atinentes ao bem posto em competição - o que, como e quando⁴.

Para Marques⁵, o desenvolvimento da concorrência não depende do fato de ser posto à mercancia um produto idêntico a outro que já é vendido; é suficiente que o novo produto vendido atenda e satisfaça o consumidor. Outrossim, é necessária a configuração de três circunstâncias, a saber:

a) de tempo, os fatos devem ocorrer na mesma época; não há como se conceber a concorrência em diferentes momentos; b) de objeto, deve entender-se, aí, não só os produtos da mesma espécie, mas também aqueles que estão no mesmo grau de utilidade; c) de mercado, em substituição à idéia de identidade territorial pois, com o alto progresso científico-tecnológico, as distâncias se relativizaram.

O exercício da concorrência é implicado pela existência de um mercado competitivo, baseado na lei da oferta e da procura. Segundo Carpena, o equilíbrio de tais elementos seria determinante para a aferição dos preços de mercado, cujos cálculos empregam as seguintes variáveis: “a quantidade de produto ou serviço disponível, oferecida pelos fornecedores, e a quantidade que os consumidores desejam – e podem – comprar”⁶.

Sobre o mercado competitivo, assim assevera Marques

Um mercado competitivo é aquele em que (i) todos os bens possuem seus preços equivalentes ao custo de produção, concedendo aos produtores e vendedores somente o lucro suficiente para preservar o investimento na indústria; e (ii) todas as pessoas que quiserem pagar esse preço poderão adquirir a mercadoria⁷.

Portanto, num mercado competitivo, a fixação de preço dar-se-á por liberalidade dos agentes envolvidos na operação (v.g. fornecedores/consumidores; produtores/distribuidores; etc.), tendo sempre como ponto de partida e de chegada o equilíbrio entre os relacionados.

³ CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 9

⁴ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 10

⁵ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p.107-108

⁶ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 11

⁷ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p.107

1.1 Classificação da concorrência

Admitindo-se que o fenômeno da concorrência é algo comum a todo mercado, somente variando o seu grau de incidência, é possível distingui-la em algumas estruturas, quais sejam: concorrência perfeita, concorrência imperfeita ou monopolística, oligopólio e monopólio.

1.1.1 Concorrência perfeita

A concorrência perfeita é a estrutura de mercado ideal apregoada por Adam Smith, pela qual “não existem barreiras à entrada de novos competidores nem ao aumento de produção”⁸.

Marques define assim o sistema da concorrência perfeita:

A concorrência perfeita irá ocorrer em mercados competitivos, ou seja, quando existir um grande número de competidores, ofertando um mesmo produto, cada um com uma pequena participação no mercado, de tal forma que nenhum desses competidores poderá influenciar o preço do produto comercializado por meio de variação em sua oferta, sendo este (o preço) estabelecido, naturalmente, em razão da interação dos agentes econômicos, no mercado. Na concorrência perfeita, o agente econômico, em razão do comportamento natural do mercado, fica impedido de aumentar ou baixar, sensivelmente, os preços dos produtos e/ou serviços que comercializa, pois acarretaria uma perda de suas vendas, no caso de aumento dos preços, ou prejuízos, na produção/comercialização na hipótese de redução dos preços praticados.

[...]

Na concorrência perfeita, existe, necessariamente, uma grande quantidade de vendedores e compradores atuando no *mercado* com igual conhecimento deste, técnicas de produção e produtos, bem como acesso, sem qualquer discriminação, às técnicas produtivas e insumos, negociando produtos idênticos ou similares. Nesse tipo de economia, não pode haver discriminação, os produtos devem ser idênticos ou similares e circularem livremente⁹.

Para Carpena

O mercado de concorrência perfeita é aquele em que as forças estão em perfeito equilíbrio, há grande número de compradores e vendedores, de modo que a lei da oferta e da procura funciona plenamente, garantindo o estabelecimento de preços de mercado, ou competitivos, pelos quais a oferta se iguala à procura. Evidentemente, quanto maior a oferta, menor o preço, que por sua vez tende a subir em situação de escassez. Preço e quantidade são, portanto, as variáveis manipuladas pelos agentes econômicos, as quais se estabelecem em função de oferta e demanda.

[...]

⁸ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. **Concentrações empresariais: aspectos jurídicos do caso AMBEV**. Dissertação (mestrado) – Universidade Católica de Brasília, 2009, p. 162

⁹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p.111-112

Os requisitos para a existência da concorrência perfeita são, portanto (1) a existência de grande número de unidades econômicas, tanto de produção como de consumo; (2) a ausência de economias de escala; (3) a ausência de barreiras de entrada; (4) homogeneidade do produto ou serviço ofertado; (5) informações acessíveis e verdadeiras sobre o mercado.

[...]

Nesse cenário, nenhuma das empresas atuantes no dado mercado terá preponderância sobre as demais, a ponto de decidir seus preços e volume de produção de forma independente e influir sobremaneira nos concorrentes. Na concorrência perfeita, também não há lugar para o lucro, devendo os excedentes ser revertidos para novos investimentos, ou seja, para o benefício do mercado – e da sociedade – como um todo. Este tipo de regime, como visto, é um ideal, com o qual serão confrontadas – e valoradas – as situações de fato¹⁰.

Nusdeo, por sua vez, define que

[...], sem ressalvas à lei da oferta e da procura, e tanto consumidores como compradores pautam suas decisões única e exclusivamente pelas suas utilidades em cotejo com o preço objetivamente fixado pelo mercado, [...] Diz-se que nele o consumidor é rei, já que todo o aparato produtivo se expandirá ou se contrairá em função do que ele, consumidor, decidir (princípio da soberania do consumidor).¹¹

De acordo com Marques, é possível identificar, portanto, que o modelo de concorrência perfeita é eminentemente abstrato, no qual há igualdade entre os agentes econômicos. Esse modelo serve de paradigma, donde serão extraídas as condições ideais para funcionamento de uma economia de mercado¹².

1.1.2 Concorrência Imperfeita ou Monopolística

No que atine à concorrência imperfeita ou monopolística, de acordo com Rocha Neto, tem-se que esta configura-se por um mercado que não é homogêneo e no qual há preponderância de três liberdades, a saber; “do lado das empresas, a de acesso ao mercado e a de fixação de preço; do lado do consumidor, a de escolha”¹³.

Citando Isabel Vaz, que por sua vez embasou seus estudos na tese de Chamberlim, Marques destaca que a concorrência imperfeita funda-se na diferenciação dos produtos: “os bens produzidos pelas empresas em concorrência não são de todo idênticos, pela sua natureza,

¹⁰ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 64

¹¹ NUSDEO, Fabio *apud* ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 147.

¹² MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p.114

¹³ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 148

ou por circunstâncias imaginadas pelo consumidor (marcas de fábrica, modo de confecção, qualidade de acabamento ou cortesia do vendedor, respectivamente.”¹⁴

Marques ainda elucida que

Esta diferenciação – que se traduz pela ausência de homogeneidade efetiva das mercadorias – cria a favor de cada empresa uma zona de monopólio, no sentido de que o vendedor goza de um mercado particular, com uma curva de procura própria, de elasticidade finita, variável em função do grau de diferenciação inerente a cada bem, mercadoria ou serviço ofertado no mercado do produto e de outras circunstâncias. Entre estas, importa salientar, também, a situação do vendedor como monopolista; mas não monopolista absoluto, pois depara-se (sic) com a possibilidade de substituição da mercadoria ou serviço que oferece por produtos similares.

[...]

A concorrência monopolista ou imperfeita pressupõe, como na concorrência perfeita, um grande número de competidores, só que, ao invés de produtos idênticos, os agentes econômicos que atuam em determinado mercado estão ofertando produtos com algumas diferenciações, apresentados de forma ou com condições diferentes, como se um mesmo mercado estivesse dividido por camadas sobrepostas, cada camada representando o mesmo produto, com as diferenciações que lhe são particulares¹⁵.

Na definição de Carpena

O regime de concorrência imperfeita ou monopolística como mais comum no mundo real. Caracteriza-se igualmente pela existência de muitos compradores e vendedores, sem contar, porém com os demais requisitos apontados no mercado de concorrência perfeita. Frequentemente, não há homogeneidade de produtos e serviços, provocando, como visto acima, o surgimento de vários mercados dos mesmos produtos e serviços, diferenciados por insignificantes fatores, que não os descaracterizam, embora sejam suficientes para os tornar (sic) incomparáveis. Tal diferenciação pode ser objetiva, quando se referir, por exemplo, à apresentação do produto, ou subjetiva, quando decorre da identificação com a marca suscitada pela propaganda, sendo certo que em qualquer caso resultará na divisão do mercado – o qual naturalmente seria único, por se tratar do mesmo produto ou serviço – tornando possível a existência de um produtor em situação equivalente ao monopolista. A escolha do consumidor deixa então de ter por critério unicamente o preço, o que pode conduzir a situações de domínio de um determinado concorrente, ainda que este pratique preços acima do de mercado. Daí porque este tipo de concorrência também se chama monopolística¹⁶.

O modelo de concorrência imperfeita, pelo exposto, pode ser identificado como aquele que está adstrito a um determinado público alvo, onde os agentes econômicos envolvidos ofertam produtos similares, com distinções que garantem a fidelidade desse público e, por assim ser, acabam gerando um micro-monopólio. Elucide-se, por oportuno, que a expressão

¹⁴ Vaz, Isabel *apud* ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 115-116

¹⁵ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p.116

¹⁶ CARPENNA, Heloisa. Op. cit., p. 67-68

micro-monopólio é cabível na medida em que a preponderância de determinado agente dá-se num ambiente macro, mas homogêneo.

1.1.3 Oligopólio

Citando Nuno T. P. Carvalho, Rocha Neto destaca que

No regime de oligopólio os operadores são em número restrito e tendem a se agrupar e atuar como uma unidade. Essa modalidade caracteriza um mercado onde poucas empresas são produtoras de determinado bem ou serviço, acarretando coincidência de comportamentos entre eles, como campanhas publicitárias agressivas, produtos copiados, ampliação de garantias e melhor assistência aos clientes¹⁷.

Já Marques assevera

O oligopólio vem a ser o regime em que a comercialização de produtos e/ou serviços (oferta) é privilégio de poucos competidores. Nesse sistema, os agentes econômicos (oligopolistas) concorrem entre si para precisar qual o caminho que estará sendo perseguido pelo(s) seu(s) concorrente(s) – segredos industriais, estratégias de atuação no mercado, utilização de marcas e produtos, lançamentos, políticas de preços etc. – e empregam comportamentos paralelos, onde o comportamento de um é acompanhado pelos demais, fazendo com que não ocorra qualquer alteração na participação de mercado que cada competidor detém, necessitando, para que seja configurado o oligopólio, da existência e do poder do grupo, atuando como se fosse um púnico bloco. O grande problema dessa forma de estrutura de mercado reside no fato de que os oligopolistas se unem e passam a repartir o mercado, atuando, em conjunto, praticamente como um monopolista e controlando os preços e produção de seus produtos e/ou serviços (quando então ocorre o que se denomina cartel), laijando os demais competidores e criando barreiras à entrada de novos *players*¹⁸.

Para Carpena o oligopólio reflete um menor grau de concorrência, onde há concentração da oferta e um reduzido grupo de vendedores¹⁹.

1.1.3.1 Cartel

O cartel é uma das práticas de mercado (formal ou informal) que tenciona a violação da concorrência. Resulta, necessariamente, de condutas oligopolistas, onde os agentes econômicos se unem, em conluio, para deliberar sobre quantidade de ofertas e o preço a ser atribuído a determinado produto em também determinado mercado consumidor.

¹⁷ CARVALHO, Nuno T. P. *apud* ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 62

¹⁸ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p. 118

¹⁹ CARPENNA, Heloisa. Op. cit., p. 68

Rocha Neto destaca que os cartéis são verdadeiras empresas com atuação no mesmo ramo de produção e que tentam dominar o mercado e disciplinar a concorrência. Os membros convencionam quotas e preços de preço, o que prejudica a economia e impede o acesso do consumidor à livre concorrência²⁰.

Sobre a aplicação da teoria dos jogos no mercado oligopolista interessante é a consideração tecida por Marques que destaca

A doutrina antitruste a respeito do comportamento interdependente em mercados oligopolizados toma por base o modelo comportamental da chamada teoria dos jogos, que aponta a estratégia racional de cada um dos agentes em função do comportamento provável dos demais concorrentes. **Nos mercados oligopolizados, a atuação independente de cada agente é substituída por um comportamento que projeta a reação dos concorrentes a cada tipo de conduta adotada.** (grifos nossos)²¹

Segundo Carpena, é na seara dos cartéis que a teoria dos jogos se aplica, de modo a analisar e explicar as estratégias empresariais, com vista a manter acordos entre adversários do mesmo ramo²². “A teoria, na verdade, propõe a análise do conflito envolvido nesta, assim com em outras situações, em que as empresas se comportam como jogadores, cada uma pretendendo a maximização de seus lucros²³.”

1.1.4 Monopólio

O monopólio, para Marques, constitui-se como a estrutura de mercado na qual um único agente econômico comercializa determinado produto e satisfaz a demanda. Tem liberdade para deliberar sobre os preços, bem como sobre a quantidade de produtos e/ou serviços que será posta à disposição dos consumidores²⁴. O autor ainda destaca que para sua caracterização é suficiente

[...]
a existência de um, e apenas um, agente econômico com participação expressiva no mercado a tal ponto que os demais concorrentes (atomizados) não possuem qualquer influência sobre o preço do produto ou serviço ofertado, não oferecendo

²⁰ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 63

²¹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p.119

²² CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 68

²³ Ibidem, p. 68

²⁴ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Op. cit., p. 120-122

concorrência ou ameaça ao monopólio, no que diz respeito a sua participação no mercado.

[...]

Para alcançar a estrutura de mercado monopolista, as empresas lançam mão de diversas práticas comerciais – combatidas pela legislação antitruste – que vem configurar o abuso de posição dominante e/ou monopolização, dentre as quais podem-se destacar a criação de barreiras á entrada de novos competidores, o aumento dos preços dos produtos e/ou serviços e a redução da quantidade destes ofertada no mercado²⁵.

O monopólio desvirtua a concorrência pelo fato de desestimular a busca por novas tecnologias, com vistas a melhorar a qualidade dos bens/serviços oferecidos.

Doravante passar-se-á a utilizar toda a conceituação acima empregada no desenvolvimento do estudo acerca do direito da concorrência, com fulcro nos fundamentos que serão propostos a seguir.

²⁵ Ibidem, p. 120-122

2 O DIREITO CONCORRENCIAL E A ORDEM ECONÔMICA

Como já definido no capítulo anterior, a concorrência configura-se na disputa entre empresas ou agentes econômicos que exploram a mesma atividade visando à conquista do mesmo mercado e clientela. A compreensão desse conceito auxilia na identificação dos efeitos que se deveria esperar da concorrência, especialmente no que tange aos benefícios de ordem qualitativa e tecnológica aos consumidores.

Para Carpena²⁶, a concorrência é fruto da atividade liberal evocada no século XVIII e tendo como berço a teoria da “mão invisível” de Adam Smith, pelo qual o homem, na busca de seus próprios interesses, e não por altruísmo ou por sentido comunitário garantirá o equilíbrio do mercado.

Ainda segundo a autora²⁷, de início, apregoou-se a desnecessidade de intervenção estatal na atividade concorrencial, limitando-a a garantia das liberdades individuais e igualdade de direitos. Desse modo, o movimento do constitucionalismo e das codificações permitiram a institucionalização dos direitos e garantias individuais, bem como neutralizaram as ações do Estado no campo econômico.

Todavia, como restou apregoado por Carpena:

[...] na prática, foram se evidenciando falhas no funcionamento do mercado, que não se mostrou capaz da auto-regulação sonhada pelos liberais. A Revolução Industrial, introduzindo a tecnologia na produção econômica, conduziu à concentração de empresas, e desta forma foi modificando gradativamente o cenário social. Ficou assim cada vez mais ameaçada a concorrência, a qual sempre foi vista como indispensável ao equilíbrio do mercado, como se constata na obra clássica do pensamento liberal econômico.

[...] Segundo a conhecida Lei de Maine, o mercado era o melhor lócus no qual os indivíduos poderiam disputar as melhores oportunidades sem o impedimento das relações de privilégios herdados ou socialmente transmitidos. Na sociedade massificada, contudo, o mercado deixa de ser visto como espaço democrático, franqueador de iguais oportunidades, aberto para escolhas voluntárias, instrumentalizadas pelo contrato, e se torna a arena na qual vigora a lei do mais forte, reclamando a adoção de mecanismos de intervenção estatal, aptos a garantir o equilíbrio entre os agentes econômicos. Por esta razão, os ideais de solidariedade e cooperação passam a ser considerados formas de otimização das oportunidades do mercado e de harmonização dos interesses dos agentes econômicos.[...] ²⁸

No mesmo sentido, Zeger destaca que:

²⁶ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 12-13

²⁷ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 13-14

²⁸ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 15

[...]O ideal liberal que visava preservar e garantir a liberdade de cada indivíduo favoreceu a igualdade entre as empresas, apesar de este posicionamento ter exigido o fortalecimento das empresas que, na época, entendiam que quanto maiores fossem, maior seria a sua solidez.

Deste movimento, surge, então, a “concentração econômica”, que deu origem ao “poder econômico privado”, ambos causando problemas no relacionamento econômico e social no âmbito do mercado. O poder econômico privado objetivava o domínio e a eliminação das empresas mais fracas e, de outro lado, a dominação do mercado e da força de produção.

Diante de tal situação e em face do direito econômico privado, o Estado começou a intervir para aplicar medidas de política econômica, de modo a buscar um equilíbrio nas relações de conflito entre elementos econômicos e jurídicos.[...] ²⁹

Segundo Carpena³⁰, surgiu-se, dessa feita, a consciência da imprescindibilidade de intervenção no domínio privado, a fim de assegurar o modelo capitalista. Nesse ambiente, surgiu o Estado Social – altamente intervencionista – preocupado com o estabelecimento de garantias também na esfera privada, o qual foi estruturado em constituições sociais e programáticas, comprometidas com o bem estar da sociedade

Para disciplinar a prática comercial, criou-se o denominado “direito da concorrência”. Sobre esse tema, valiosa é a lição de Comparato:

[...]é a partir do liberalismo econômico que a necessidade de sua disciplina específica, da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de uma solução jurídica. Posto o princípio de liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízo da própria concorrência. Se o jogo era, doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse, que as regras do jogo fossem respeitadas. Nascia daí, um conjunto de normas específicas, do bojo do Direito Comercial, cujo fundamento era a princípio a defesa dos interesses dos próprios comerciantes³¹.

Acerca da preocupação com a tutela da concorrência, Creuz considera importante destacar ser o Direito Comercial uma seara de grande importância para as ciências sociais, posto que são fortes os impactos gerados pelas práticas desleais realizadas pelos agentes econômicos em prejuízo dos concorrentes, dos consumidores e do próprio Estado, e produzem consequências duradouras para os indivíduos³². O autor ainda destaca que

²⁹ ZEGER, Arthur, Mercado e Concorrência: abuso de Poder Econômico e Concorrência Desleal. Revista da SJRJ, rio de Janeiro, n. 28, p. 47-68, 2010, p. 48.

³⁰ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 18-19.

³¹ COMPARATO, Fabio Konder. *Concorrência Desleal*. Ano 56, Janeiro de 1967, volume 375 - São Paulo : Revista dos Tribunais, 1967, págs. 29 -35.

³² CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. A construção da defesa da concorrência no Mercosul: uma perspectiva construtivista - cooperação e interesses nas relações internacionais - Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Campinas, SP : [s. n.], 2010, p. 2

[...]

Temos para nós que a regulamentação da concorrência surgiu da necessidade de que a liberdade de acesso ao mercado, decorrente do liberalismo econômico, não se transformasse em uma licença em prejuízo do próprio mercado e da concorrência, sendo que, no início, o fundamento da repressão à concorrência desleal foi a proteção à liberdade subjetiva dos concorrentes. Hodiernamente, o legislador se preocupa com a proteção do próprio consumidor, e a proteção aos interesses concorrentes só se faz em função da coletividade³³.

2.1 A ordem econômica brasileira na Constituição Federal de 1988

No direito brasileiro, o Direito da Concorrência, que segundo Carpena é a maior e melhor expressão do Direito Econômico, surgiu como ramo do direito que serve como “instrumento de ordenação do mercado”. Constitui-se “o conjunto de regras jurídicas que disciplina a disputa travada no mercado, entre os agentes econômicos que buscam – concomitantemente – criar e manter clientes”.³⁴

Ao analisar o texto da Carta Magna que versa sobre a tutela do direito econômico, Cruz descreve que

[...]

A Constituição brasileira vigente determina, dentre os diversos princípios insculpidos no art. 170, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com fim de assegurar a todos existência digna, tendo por base ditames da justiça social, e princípios tais como da propriedade privada, da livre concorrência, da defesa do consumidor da redução das desigualdades regionais e sociais, sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

A Carta Magna brasileira, em seu art. 173, § 4º, é categórica ao determinar 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. Importante, ainda, destacar o fixado no § 5º, também do art. 173, que estabelece que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, deve estabelecer a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.³⁵

No capítulo da atual Constituição Federal dedicado à ordem econômica, foram consolidados os princípios da atividade econômica com a finalidade de assegurar a todos uma

³³ Ibidem, p. 27

³⁴ CARPENA, Heloisa. Op. cit., p. 21-22.

³⁵ CREUZ, Luís Rodolfo Cruz. Op. cit., p. 135-136

existência digna, conforme se verifica nos artigos 1º, 170 e 173³⁶, com alguns de seus incisos e parágrafos adiante transcritos:

Art. 1º 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:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]

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:(...)

IV - livre concorrência;(...)

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. (sem grifos no original)

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.(...)

§ 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.

(sem grifos no original)

Rocha Neto, ao analisar o enfoque dado pela Carta Magna à matéria em apreço, consignou que a proteção assegurada na Carta prescreve que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que viole o princípio da livre concorrência e comprometa a estrutura do livre mercado. Nesse diapasão, “a proteção da concorrência, no Brasil e alhures, é regida por princípios informadores da ordem econômica³⁷.”

Os princípios, por sua vez, ao serem constitucionalizados, tornam-se a chave de todo o sistema normativo³⁸ e expressam os valores fundamentais adotados pela sociedade política, informando materialmente as demais normas e determinando qual deve ser a substância e o limite do ato que os executam³⁹.

2.2 Os princípios gerais e os princípios constitucionais tutores do direito concorrencial

³⁶ BRASIL, Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 de novembro de 2010.

³⁷ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 61

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

³⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional didático. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

As raízes da regência do direito concorrencial no direito brasileiro no Brasil estão na Carta Magna, em seu Título VII, como visto no teor do artigo 170, cujos princípios gerais auxiliam a norma ordinária e os demais princípios aplicáveis, tendo em vista a interdisciplinariedade do direito da concorrência e sua estreita relação com as ciências econômicas⁴⁰.

Assim, os princípios de que se pode utilizar no direito concorrencial servem à solução de questões hermenêuticas, de lacunas ou de delimitação do sentido das normas.

2.2.1 O Princípio da liberdade de comércio

As raízes deste princípio estão na garantia da propriedade individual e na consagração da livre iniciativa, as quais são a essência do almejado funcionamento do mercado, assim como são um pressuposto lógico de qualquer mercado concorrencial. Ressalte-se a independência dos agentes econômicos no mercado.

2.2.2 O Princípio da liberdade contratual

As legislações antitrustes possuem diversas normas que restringem a liberdade contratual, porém, resta preservada a essência do princípio da liberdade contratual, tendo em vista que a sua permanência torna o mercado vivo, conjuntamente com o princípio da livre iniciativa.

A fidelidade aos pactos firmados (*pacta sunt servanda*) é um clássico princípio do direito o qual vincula as partes contratantes ao que foi livre e validamente acordado sem que, no entanto, haja autonomia plena da vontade. Ocorre que esse princípio sofreu influência neoliberalista em razão do modo como a atividade privada vinha influenciando o mercado e fragilizando-o com a irrestrita liberdade contratual. Daí a razão para a intervenção estatal no âmbito das relações privadas, estabelecendo-se um certo dirigismo contratual⁴¹.

2.2.3 O Princípio da Igualdade

⁴⁰ MARINS, Vinicius. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em 02.set.2010.

⁴¹ Ibidem. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em 02.set.2010.

Este clássico princípio de direito possui reflexos no âmbito concorrencial, tendo em vista o objetivo da legislação antitruste em preservar a igualdade de acesso ao mercado entre os agentes econômicos, bem como a abstenção de prática de atos que visem a restringir a atuação de outros integrantes.

Dessa forma, a realização de ajustes entre agentes, o qual enseja a restrição da participação ou do ingresso de outros agentes tais como redução ou aumento de preços, gera um desequilíbrio indesejável.

2.2.4 O Princípio da Transparência de mercado

O Princípio da Transparência de mercado considera a importância de que se tornem público os preços praticados pela empresa, com o intuito de dar conhecimento ao comprador e aos concorrentes do exato valor dos produtos de uma determinada empresa.

2.2.5 O Princípio da análise econômica

O estudo do direito da concorrência é interdisciplinar e, por esta razão, a norma jurídica em abstrato não conduz, por si só, à conclusão pela existência de abuso de poder econômico sem que haja a análise de cada caso também do ponto de vista econômico.

Utilizar-se da análise econômica no direito concorrencial permite aferir objetividade ao alcance da norma antitruste. A análise multidisciplinar de que se valem outros ramos do direito, tais como o direito de família e o direito civil, servem também ao direito da concorrência.

Muitas são as linhas de estudo nesse sentido, a exemplo da adotada pelo precursor na análise econômica do direito, o norte americano RONALD H. COASE⁴², em artigo de sua autoria intitulado *The problem of social cost*, citado por Marins, que assim leciona:

O problema que nós enfrentamos ao tratar com ações que tenham efeitos danosos não é simplesmente o de limitar aquelas que sejam responsáveis por eles. O que deve ser decidido é se o ganho em prevenir o dano é maior que as perdas que seriam sofridas alhures como resultado de soffrear a ação que produz o dano. Num mundo em que há custos em reorganizar os direitos estabelecidos pelo ordenamento legal, as Cortes, em casos referentes a transtornos, estão, na realidade, proferindo uma decisão sobre o problema econômico e determinando quais medidas devam ser tomadas.

⁴² COASE, Ronald H. *apud* MARINS, Vinicius. Op. Cit. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em 02.set.2010.

Ressalte-se ainda que a utilização de teorias econômicas foi incorporada à análise do direito concorrencial muito após a sua origem. Critérios para se aferir o nível de concentração de determinado mercado específico e conceitos referentes à organização industrial foram introduzidos através de teorias como a Estruturalista, cujo modelo estrutura-conduta-desempenho foi muito aplicado na década de 60 nas análises antitruste.

A teoria estruturalista, na década de 70, teve seu caráter de causalidade refutado pela escola de Chicago, cujo alicerce considerava que a dominação de mercado resulta da superioridade em eficiência.

Na década de 80 surge a teoria dos mercados contestáveis e, mais recentemente, a nova economia industrial, que apregoa que o parque industrial não é o único critério para se aferir a conduta e o desempenho de uma empresa, considerando-se suas alternativas estratégicas⁴³.

2.2.6 O Princípio da Regra da Razão

Tem-se, também, o princípio da regra da razão, considerado um dos mais importantes, quando se fala de direito antitruste, embora seja um tanto quanto abstrato, pois não fundamenta um alicerce específico, limitando-se a aduzir que devem ser proibidos os contratos e cominações que restrinjam ou coloquem em risco o bom funcionamento do comércio e do intercâmbio interestadual de mercadorias e serviços⁴⁴.

Este princípio de raiz norte americana prega, ainda, a flexibilidade na aplicação das normas de direito concorrencial antitruste, amenizando, em nome da competitividade, a rigidez destes diplomas legais, a fim de viabilizar atos que, num primeiro momento seriam considerados anticoncorrenciais. A análise dos fatos deve ser particularizada em cada caso, diferenciando o *bom* truste do *mau* truste. Para a aplicação da legislação antitruste, os Estados Unidos tem se baseado nos critérios da ilicitude *per si*, no qual determinados atos, tipificados, caracterizam-se, por si sós, ilícitos, e da aplicação da regra da razão⁴⁵.

A aplicação da regra da razão no Brasil tem sentido completamente diferente da regra adotada nos Estados Unidos, uma vez que lá a sua aplicação direciona-se no sentido da concorrência-condição e pressupõe que toda prática anticompetitiva não interessa à sociedade. No Brasil, por outro lado, a aplicação da regra da razão se dá posteriormente à prática do ato,

⁴³ MARINS, Vinicius. Op. Cit. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em 02.set.2010.

⁴⁴ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 114

⁴⁵ Ibidem, p. 114

a fim de aprová-lo ou não em nome do interesse social, podendo vir a justificar a aprovação de atos que sob outra análise poderiam ser considerados anticoncorrenciais.

Vale ressaltar, por fim, que quando da aplicação deste princípio, o CADE realiza um controle posterior dos atos e, por isto, estes produzem plenamente seus efeitos até serem formalmente proibidos. A referida eficácia, porém, é circunstancial e obviamente submete-se à decisão do CADE, produzindo eventualmente efeitos retroativos e invalidando os pretéritos, sustando-lhes os efeitos. O princípio da regra da razão, pois, visa a harmonizar a aparente antinomia que se verifica entre a livre iniciativa, estimuladora do empreendedorismo, e a livre concorrência, a qual preserva a competitividade do mercado⁴⁶.

2.2.7 O Princípio da Eficiência

Esse princípio não é encarado sob a ótica do direito concorrencial apenas com o intuito de maximizar o desempenho e os resultados, mas também para otimizar a atividade econômica empresarial em conjunto com a preservação do bem comum, conforme encontra-se expresso nos incisos do art. 170 da Constituição Federal⁴⁷. Associa-se a eficiência ao bem-estar do consumidor.

Desta feita, indicados os princípios inerentes ao Direito Concorrencial, faz-se necessário ressaltar que a atividade empresarial é delimitada pelo interesse privado e que a atuação estatal se presta a equalizar perdas e ganhos dos empreendedores de modo a proteger o mercado concorrencial e a livre iniciativa, o que resulta na melhoria da qualidade dos produtos e no benefício social.

⁴⁶ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. Cit., p. 115

⁴⁷ MARINS, Vinicius. Op. Cit. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em 02.set.2010.

3 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

A ordem liberal estabelecida no ocidente a partir do século XVIII tinha por característica um conjunto de crenças, ideologias e instituições que culminaram num modelo econômico descentralizado, com separação dos planos político e econômico. A separação de tais planos perdurou até o século XIX, quando do aparecimento de grandes empresas fabris, da formação de aglomerados urbanos e da concentração do poder econômico nas mãos de poucos, ocasião que exigiu a intervenção do Estado na proteção da liberdade de iniciativa ⁴⁸.

O mestre Rocha Neto assim define a globalização, enquanto fruto da liberalização dos mercados:

A globalização é um dos frutos da liberalização dos mercados nacionais, mediante a flexibilização de barreiras alfandegárias. Cumpre lembrar que as ideias liberais ficaram enfraquecidas por volta da década de 30 (séc. XX) e o que se seguiu foram décadas de intervencionismo estatal, com políticas de seguridade social, proteção contra o desemprego, subsídios a empresas, o chamada *Welfare State*. Mas, já na década de 80, esse modelo dava mostras de exaustão. O período foi marcado pelas forças políticas de privatização da era Thatcher e pela *reaganomics* norte-americana. Nesse contexto, ressurgiram as teorias liberais na economia – o neoliberalismo –, defendendo que o Estado deixasse de ser empresário. ⁴⁹

A liberalização do comércio provocou a internacionalização de empresas e a realização de grandes fusões objetivando a disputa global por mercados. A privatização de empresas públicas e o fortalecimento da iniciativa privada tornaram politicamente importantes os empresários, dificultando o exercício da fiscalização pelo Estado. Não obstante tal dificuldade, a fiscalização da iniciativa privada cabe ao Estado que, através de um corpo de regras, deve regular o exercício da atividade econômica, contendo os abusos contra o consumidor e impedindo que o trabalho humano seja desvalorizado ⁵⁰.

A concorrência significa que, no momento da aquisição de um produto ou serviço, o consumidor tem a faculdade de avaliar e optar, dentre as várias empresas fornecedoras do produto ou serviço, pela que melhor atenda aos seus interesses e necessidades.

Por oferecer variedade, qualidade e preços diversos, a concorrência, permite que os mercados consumidores e organizacionais façam suas opções, o que a caracteriza como um

⁴⁸ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. cit., p. 126

⁴⁹ Ibidem, p. 126

⁵⁰ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. cit., p. 127

fenômeno saudável para os consumidores (pessoas físicas e jurídicas) e para a economia dos países.

A preocupação com a defesa da concorrência refere-se não apenas ao bom funcionamento do sistema competitivo dos mercados, mas também à livre concorrência, o que garante a colocação no mercado de produtos inovadores e diversificados, de maior qualidade e a preços mais baixos. Tudo isso contribui para o desenvolvimento econômico e o bem-estar do consumidor, o qual tende a ser o beneficiário final das normas de defesa da concorrência nos mercados de modo direto, no combate a cartéis, por exemplo, ou indireto, no combate a preços predatórios.

Sobre tais práticas abusivas a serem combatidas, repita-se que a formação de cartel consiste na cooperação entre empresas que restringem preços e variedades de produtos, a fim de estabilizar suas receitas. Além dessa prática, há a venda casada, a qual vincula a venda de um produto ou serviço à aquisição de outro, há os sistemas seletivos de distribuição, em que se opera a discriminação de distribuidores, vendedores e consumidores pelo fabricante, sem nenhuma justificativa, e há os preços predatórios, quando se efetua a baixa dos preços dos produtos a valor inferior ao seu preço de custo, com o intuito de eliminar concorrentes.

Algumas organizações buscam a superioridade nos mercados econômicos em que atuam, através de práticas que desrespeitam a livre concorrência e com abuso do poder que detêm nesses mercados, no entanto, a verdadeira competitividade das empresas refere-se ao maior investimento que fizerem em tecnologia e pesquisas, de modo a atender às expectativas do seu público-alvo⁵¹.

No Brasil, é possível dizer que a defesa da concorrência esteve sempre ligada à defesa da economia popular e, de forma oposta, à livre iniciativa. Assim, através da intervenção estatal é que se garantia a defesa do consumidor⁵². O direcionamento da defesa da concorrência no Brasil ganhou novo rumo somente a partir da criação da Lei nº 8.884/94, como veremos mais adiante.

Os comandos normativos constitucionais já referidos anteriormente (artigos 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988) previram a edição de lei específica em repressão ao abuso do poder econômico. Assim, o Poder Executivo criou em sua estrutura administrativa o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Caso a conduta de

⁵¹ GARCIA, Sheila Farias Alves, GATAROSSA, Angela Antonia Lopes Biudes, e NEVES, Marcos Fava. O ambiente institucional e as decisões de marketing em fusões: o caso da indústria de cerveja. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1302, 24 jan. 2007. Disponível em: <http://www.markestrat.org/uploads/file/PUBLICACOES/ACN031.pdf>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁵² SOUZA, Marcelo de Lima e. Aspectos institucionais da política de defesa da concorrência no Brasil e no Japão. Dissertação de Mestrado em Economia da Regulação e Defesa da Concorrência. UnB, Brasília, 2003.p. 3.

uma empresa exceda o limite médio da normalidade, havendo a prática de ato ilícito ou abusivo, são aplicadas as normas concorrenciais como forma de autodefesa do estado ante a pressão dos centros de poder criados pelo mercado sobre as políticas públicas⁵³.

Aos cidadãos com interesse em entender a definição e o funcionamento deste órgão, o Ministério de Justiça disponibilizou em seu *site* na *internet* as seguintes informações:

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é responsável pela promoção de uma economia competitiva, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, sendo sua atuação orientada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.⁵⁴

Mais adiante, prossegue esclarecendo a composição do referido órgão:

O SBDC é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), órgão do Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça⁵⁵.

Os órgãos que compõem o SBDC possuem funções bem definidas, senão vejamos:

A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica.

A SEAE, por sua vez, é responsável por emitir pareceres econômicos em atos de concentração, investigar condutas para oferecer representação à SDE, bem como elaborar facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais.

[...]

Por fim, o Cade é responsável pela decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SDE ou Seae. Assim, após receber os pareceres da SDE e Seae, que não são vinculativos, o CADE tem a tarefa de julgar tanto os processos administrativos que tratam de condutas anticoncorrenciais quanto as análises de atos de concentração econômica.⁵⁶

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), pois, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - o principal órgão em defesa da concorrência no Brasil - juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ), estas responsáveis por instruir os atos de concentração e investigar possíveis ilícitos concorrenciais, enquanto àquele cabe o julgamento dos processos. Os órgãos que compõem o SBDC e cuidam da garantia da

⁵³ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. Op. cit., p. 152-154.

⁵⁴ BRASIL. Site do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 28 de outubro de 2010.

⁵⁵ Ibidem. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 28 de outubro de 2010.

⁵⁶ Ibidem. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 28 de outubro de 2010.

competitividade do mercado desenvolveram, além do controle da concentração empresarial e das condutas anticoncorrenciais, a advocacia da concorrência, a fim de difundir a cultura da competição⁵⁷.

A estrutura do SBDC, porém, está em vias de reestruturação, mediante o redesenho da instituição. A proposta é do governo federal, através do Projeto de Lei (PL) nº 5.877, recepcionado em 12 de setembro de 2005 pela Câmara dos Deputados. As propostas almejam o desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência contemporânea a qual seja capaz de zelar pelo livre funcionamento dos mercados e, dessa forma, garantir condições estáveis e previsíveis para a livre iniciativa dos agentes econômicos⁵⁸.

A avaliação acerca do teor de concentração que uma operação operará parte do pressuposto do impacto que tal ato produz no mercado, sendo necessário delimitar-se qual é o mercado relevante. Assim, será relevante a repercussão geral do ato, e não o ato em si. Ademais, a medida das concentrações de mercado determina-se pelos parâmetros dos artigos 20, 21 e 54, e seus parágrafos, da Lei 8.884/94⁵⁹.

Posteriormente, avalia-se o número de quotas detidas no mercado, pelos agentes, antes e depois do ato concentracionista. O impacto da concentração no mercado será verificado caso haja a criação de barreiras à entrada de novos concorrentes e/ou se os atos gerarem controle de parcela do mercado suficientemente alta⁶⁰.

Nesse sentido, a abordagem da mestrandia e professora da UNIMEP (Universidade Metodista de Piracicaba-SP) Santos⁶¹:

O interesse do Estado em tutelar essas operações surge apenas na hipótese desses atos terem potencial maléfico no que concerne às relações com terceiros ou à coletividade. O efeito negativo da concentração empresarial caracteriza-se pela ocorrência do denominado "*trust*", que consiste na concentração de empresas visando à dominação do mercado através da eliminação da concorrência, e, conseqüentemente, pela imposição de preços arbitrários.

Mesmo que um ato não possa causar concentração econômica, ele pode resultar em cooperação econômica entre as partes, o que poderia afetar suas condutas no mercado relevante.

⁵⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

⁵⁸ FREITAS, Newton. Sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC). Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=239>. Acesso em 28 de outubro de 2010.

⁵⁹ SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. Qualificação jurídica da concorrência e o direito societário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1302, 24 jan. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9422>. Acesso em: 07 de novembro de 2010

⁶⁰ Ibidem. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9422>. Acesso em: 07 de novembro de 2010

⁶¹ Ibidem. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9422>. Acesso em: 07 de novembro de 2010

A cooperação, assim, prescinde da influência dominante de uma sociedade sobre outra, o que ocorre na concentração. A mera influência relevante é suficiente para que a cooperação seja caracterizada.

O direito de veto de uma sociedade, uma mudança na estrutura da sociedade com transferência de ações de uma parte para outra não afeta necessariamente o mercado. A simples propriedade das ações não implica influência dominante ou relevante, assim como também pode não ter nenhuma relevância para as questões concorrenciais.

Assim, nem todos os atos envolvendo sociedades com participação no mercado igual ou superior a 20% ou com faturamento superior a R\$ 400.000.000,00 precisam ser submetidos ao CADE, pois nem todos eles configuram uma concentração ou cooperação econômica.

A criação de uma estrutura de concentração ou de cooperação, para ser assim considerada, necessita de exame prévio sobre a existência de uma estrutura que afete o mercado.

Saliente-se, finalmente, que **um ato que leva à criação de influência dominante ou relevante não é necessariamente ilícito. O CADE poderá aprovar tal ato, com ou sem restrições, mesmo que ele implique concentração de um determinado mercado relevante**, se a intenção do ato for aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico e econômico, aumentar participação no mercado internacional, **se os benefícios dele decorrentes forem distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores e usuários finais, ou seja, se não implicarem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços.** (*grifos inexistentes no original*)

Ocorre que atualmente o SBDC tem concentrado suas atenções à análise de atos de concentração e, conseqüentemente, pôs em segundo plano a repressão a condutas anticompetitivas, as quais merecem ser privilegiadas, considerando-se seu maior potencial lesivo aos consumidores⁶².

No novo SBDC proposto, o controle das concentrações tornar-se-á prévio e não posterior, como se apresenta na atualidade, e passa a basear-se em práticas internacionais de sucesso, deixando de concentrar esforços em examinar quaisquer casos de notificação de atos de concentração, tendo em vista que a maioria deles não prejudica a concorrência. Ressalte-se que na “*Federal Trade Commission (FTC)*” dos EUA, cerca de 70% a 74% das operações notificadas não são submetidas a qualquer análise pelos “*commissioners*”.⁶³

3.1 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

A preocupação com a defesa da concorrência data dos anos 30, quando do surgimento da primeira política brasileira de defesa da concorrência, porém esta não era muito difundida em razão da economia fechada da época. Assim, na década de 60, através de hoje revogada

⁶² SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9422>>. Acesso em: 07 de novembro de 2010

⁶³ Ibidem. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9422>>. Acesso em: 07 de novembro de 2010

Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 (norma de caráter estritamente penal)⁶⁴, foi criado o CADE, o qual passou por modificações nos anos 90.

Acerca do contexto histórico em que se inseriu a criação da referida lei, vejamos o que descreve o mestre Schuartz:

Abrindo um parêntese local, é este o momento histórico em que surge, entre nós, a hoje revogada Lei 4.137/62. O aparecimento desta norma de caráter estritamente penal do ano de 1962 é de difícil compreensão. De fato, como apontado, o cenário internacional registrava uma reação de natureza mais tolerante em relação ao poder econômico e à concentração dos mercados, sendo que na Alemanha o ideal de mercado estava associado até mesmo com um determinado tipo de estrutura concentrada. Em termos técnicos, assistia-se, nos Estados Unidos, ao início de um processo de gradual esvaziamento da figura da infração *per se*, com consequente tratamento preferenciado à regra da razão. Para complicar, quando tentamos contextualizar a referida norma no quadro político, econômico e ideológico do início da década de sessenta no Brasil, a perplexidade é ainda maior. Com efeito, vivia-se a febre desenvolvimentista do governo JK, com uma política econômica explicitamente marcada pelo estímulo à concentração econômica em vários mercados definidos como estratégicos para a aceleração do processo de industrialização da economia brasileira, política esta que persistiu até o fim dos anos setenta.

De qualquer modo, a Lei 4.137/62 já nasceu ineficaz, vindo a ser substituída em 1991, pela também hoje revogada Lei 8.158. Esta lei pode ser caracterizada como verdadeira “norma de transição” na história do direito de defesa da concorrência brasileiro. Ela já incorpora basicamente o que de mais moderno há no Direito Comparado, bem como a estrutura da hoje em vigor Lei 8.884/94⁶⁵.

O CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica – é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, cujas atribuições são “orientar, fiscalizar prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelar da prevenção e da repressão a tais abusos”. Foi criado pela Lei 4.137/62 com o intuito de controlar as já referidas formas de abuso de algumas organizações de visão individualista, as quais buscam superioridade econômica a qualquer custo, desrespeitando a livre concorrência e abusando do poder que detém no mercado, o que prejudica a ordem econômica e, conseqüentemente, os consumidores⁶⁶.

Nos anos 90 este órgão ganhou importância e foi transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, época da abertura da economia e a globalização, a privatização e a desregulamentação, além da estabilização

⁶⁴ SCHUARTZ. Luís Fernando. Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrancia_moderno.pdf. Acesso em: 28 de outubro de 2010.

⁶⁵ Ibidem. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrancia_moderno.pdf. Acesso em: 28 de outubro de 2010.

⁶⁶ CADE. Site do órgão. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

dos preços. Ao CADE caberá analisar as denúncias realizadas pelas empresas ou pelas pessoas que se sintam prejudicadas em razão de práticas abusivas de mercado.

A autarquia é composta por um Plenário, composto por um presidente e seis conselheiros indicados pelo Presidente da República, além de possuir sua própria Procuradoria, cujo Procurador-Geral é também indicado pelo Presidente da República. Todos os membros do CADE devem ser sabatinados e aprovados pelo Senado Federal, para exercerem seus mandatos (dois anos com a possibilidade de uma recondução, por igual período, para os conselheiros e renovável uma única vez para o Procurador-Geral). A destituição do presidente do CADE, bem como dos conselheiros só se dá em condições especiais, o que proporciona autonomia aos membros do Plenário do CADE, garantindo a imparcialidade na tutela dos direitos difusos da concorrência.

Na esfera administrativa, O CADE é a última instância responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial, julgando as matérias após receber o processo instruído pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF) e/ou pela Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ).

Estão sob o controle do CADE as práticas que ensejam o desencorajamento da entrada de novos concorrentes, pois culminam na prática de preços abusivos, as que provocam a diminuição do número de concorrentes no mercado, porque promovem a concentração do poder econômico nas mãos de poucos, ou as que podem produzir eficiência duvidosa, a qual deve ser checada.

Os processos de fusão e aquisição são atos de concentração e, conforme já abordado, são estratégias utilizadas pelas empresas para a diminuição dos seus custos e aumento de sua eficiência. Se, por um lado, tais práticas não podem ser consideradas abusivas, por outro lado, ao provocarem efeitos negativos nas relações de concorrência, demandam uma intensa interferência do CADE – sempre com objetivos pautados na defesa da livre concorrência – que pode culminar com a aplicação de multas ou com a penalidade de que as empresas envolvidas nos processos de fusão e aquisição desfaçam a operação⁶⁷.

3.1.1 Os papéis preventivo, repressivo e educativo do CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) desempenha papel não apenas repressivo, mas também preventivo e educativo - todos previstos na Lei nº 8.884/1994.

⁶⁷ CADE. Site do órgão. Disponível em: <http://www.cade.gov.br> . Acesso em: 27 de outubro de 2010.

Os artigos 54 e seguintes da referida lei prevêm o papel preventivo do órgão, o qual se responsabiliza pela análise das operações de fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos, vez que se tratam de negócios jurídicos privados entre empresas os quais podem produzir prejuízos ou restrições à livre concorrência, a exemplo do que ocorre quando a concentração econômica se dá em nível acima de 20% do mercado de bem ou serviço analisado, ou quando uma das empresas possui faturamento superior a R\$ 400 milhões no Brasil ⁶⁸.

Aos atos que, sob essa perspectiva, forem considerados ilícitos concorrenciais, podem ser impostas restrições pelo CADE como condição para a sua aprovação (v. g. determinação de alienação total ou parcial dos ativos envolvidos - máquinas, fábricas, marcas, etc - alteração nos contratos ou obrigações de fazer ou de não fazer). É através da Resolução CADE nº 15, de 19 de agosto de 1998, e do Regimento Interno do CADE que as formalidades e procedimentos desta espécie de processo são regulamentados junto à Autarquia.

A análise das condutas anticoncorrenciais corresponde ao papel repressivo do CADE. Tais condutas estão detalhada e didaticamente previstas não apenas na Lei nº 8.884/94, nos artigos 20 e seguintes, mas também no Regimento Interno do CADE e na Resolução nº 20 deste órgão. O CADE tem, portanto, o papel de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, a exemplo dos cartéis, vendas casadas, preços predatórios e dos acordos de exclusividade.

Ocorre que não há ilegalidade em si, do ponto de vista antitruste, nas estruturas concentradas de mercado como os monopólios, e oligopólios, porém, nestes tipos de estrutura concentrada é maior a probabilidade de exercício de poder de mercado e, conseqüentemente, aumentam as chances de ocorrência de condutas anticoncorrenciais, motivo pelo qual tais mercados devem ser monitorados pelos órgãos responsáveis pela preservação da livre concorrência.

O papel educativo (ou pedagógico) do CADE, por fim, é difundir a cultura da concorrência, conforme previsto no artigo 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/94, o que requer parcerias com instituições como órgãos do governo, institutos de pesquisa, universidades e associações.

3.2 A Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste Brasileira)

⁶⁸ CADE. Site do órgão. Disponível em: <http://www.cade.gov.br> . Acesso em: 27 de outubro de 2010.

É possível afirmar que, em muitos países em desenvolvimento, a promulgação de uma legislação antitruste foi um pré-requisito para a abertura do mercado, o que demonstra que a política de concorrência é um importante componente da infra-estrutura legal que sustenta uma economia de mercado competitivo no âmbito de uma economia moderna e globalizada⁶⁹.

A edição da Lei antitruste, portanto, introduziu no Brasil o controle às fusões e aquisições, promovendo a prevenção aos abusos econômicos, assim como aprimorou dispositivos de repressão às práticas abusivas de mercado e introduziu a teoria econômica, buscando garantir preços justos e estáveis.

Esta lei traçou condutas administrativas de modo a preservar o exercício competitivo, o que enseja variedade, qualidade e menores preços dos produtos para os consumidores, e desenvolvimento econômico e estímulo à modernização do parque industrial nacional.

A partir da orientação normativa constitucional e com o objetivo de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, em defesa da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade e dos consumidores, a Lei nº 8.884/94 protege a coletividade enquanto titular do bem jurídico por ela tutelado. Foi criada a fim de aperfeiçoar e sistematizar a legislação antitruste anteriormente existente. Nesse sentido, transformou o CADE em autarquia federal e ampliou os seus poderes⁷⁰.

Além disso, a partir da criação da referida lei, restaram mais precisamente definidas as práticas consideradas ofensivas ao bom funcionamento do mercado. Os interesses e efeitos produzidos no mercado foram valorizados em primeiro plano, enquanto em segundo plano, a culpabilidade dos agentes⁷¹.

A criação de um disciplinamento eficiente e de uma atuação eficaz das autoridades antitruste requer a participação de outras áreas do pensamento científico, tais como a economia e a matemática, considerando-se a complexidade do tema, que impõe a interdisciplinaridade⁷². Da mesma forma, não é só a Lei nº 8.884/94 que compõe a orientação normativa do Direito da Concorrência, que conta não apenas com as normas de repressão

⁶⁹ GIACOMAZZI, Adriana. Características e comentários sobre a Lei 8.884/94. **BuscaLegis.ccj.ufsc.Br**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/28642/public/28642-28660-1-PB.pdf> > Acesso em: 01 nov. 2010.

⁷⁰ FREITAS, Newton. *Op cit*. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=239>. Acesso em 28 de outubro de 2010.

⁷¹ Ibidem. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=239>. Acesso em 28 de outubro de 2010.

⁷² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Teoria do equilíbrio na análise jurídica de ambientes concorrenciais: a contribuição de John Nash para o Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 890, 10 dez. 2005. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7665> >. Acesso em: 07 abr. 2010.

administrativa, mas também com normas consubstanciadas no Código Civil, especialmente o artigo 1.147⁷³, senão vejamos:

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

Também o Direito Penal vem auxiliar o Direito da Concorrência, a exemplo da Lei nº 8.137/90, a qual “define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências”⁷⁴, cujo capítulo II trata, em seus artigos 4º a 7º, dos crimes contra a economia e as relações de consumo:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

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

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. [\(Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994\)](#)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

⁷³ BRASIL. Lei nº 10.426/2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 de outubro de 2010.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 8.137/90. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8137.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2010.

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

Ademais, a Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, em seu artigo 195⁷⁵, a fim de impedir e reprimir a concorrência desleal, assim dispõe:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

⁷⁵ BRASIL, Lei nº 9.279/96. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm >. Acesso em 31 de outubro de 2010.

Eros Roberto Grau, posicionando-se acerca da Lei Antitruste Brasileira, ponderou que ela concretiza os princípios de liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, em conformidade com as prescrições contida na Carta Magna. O autor destaca que tais princípios coexistem harmonicamente entre si.⁷⁶

3.3 As infrações previstas na Lei 8.884/1994 – os artigos 20 e 21

A lei antitruste, que surgiu para proteger a concorrência e a coletividade dos efeitos das práticas abusivas, além de dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, com base nos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico⁷⁷, prevê a sua aplicação em todo o território nacional e define a composição e competências do CADE e dos demais órgãos que compõem o SBDC, além de elencar algumas das práticas consideradas infrações da ordem econômica, conforme se pode verificar do teor dos artigos 20 e 21. Vejamos:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

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

§ 3º A 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. ([Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95](#))

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

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

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 4.ª ed., 1998.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 8.884/94, artigo 1º. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 de outubro de 2010.

- II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;
- XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
- XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;
- XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;
- XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
- XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

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

- I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;
- II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

- III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;
- IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

As infrações acima elencadas possuem natureza jurídica de ilícitos administrativos, na medida em que se considera a própria natureza da norma e da autoridade competente para aplicá-la. Não obstante, conforme já exposto alhures, a depender do ilícito praticado, há aplicação supletiva de outros ramos do direito. À conduta, que ensejam a responsabilização de ordem civil e penal.

Quanto aos artigos acima colacionados, eis o ensinamento do mestre Fábio Ulhôa Coelho:

A caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos dois dispositivos. A conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do art. 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20, isto é, resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros.⁷⁸

Ao se analisar o rol exemplificativo contido no artigo 21, deve ser levado em conta os quatro efeitos previstos no artigo 20 da lei antitruste⁷⁹: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros, e d) exercer de forma abusiva posição dominante.

A definição do elemento volitivo na configuração das infrações econômicas é, porém, uma das questões mais difíceis de se definir no direito concorrencial⁸⁰. Nesse sentido, assim dispõe o Prof. Calixto Salomão:

Para definir a estrutura do ilícito, o primeiro problema a ser enfrentado é o tradicional dilema do direito antitruste entre efeitos e elemento intencional. A decisão por um ou por outro dos elementos tem importantíssimas consequências. Escolher os efeitos como único critério de ilicitude implica aceitar uma visão do direito antitruste baseada na maximização da eficiência (...). Dar importância às intenções, ao lado dos efeitos, significa valorar as condutas e, sobretudo, valorizar o bem jurídico concorrência. "Procurar a intenção" significa perquirir a existência de um objetivo estratégico de atingir o bem concorrência, dominando o mercado,

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60-66.

⁷⁹ FREITAS, Newton. Op cit. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=239>. Acesso em 28 de outubro de 2010.

⁸⁰ AMORIM, Marcos Paulo. O elemento subjetivo na configuração das infrações à ordem econômica. **Jus Navigandi**, ago. 2008. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11769/o-elemento-subjetivo-na-configuracao-das-infracoes-a-ordem-economica> >. Acesso em: 31 out. 2010.

limitando a própria concorrência, etc. Consequentemente, a preocupação com as intenções, com os objetivos, nada mais é que preocupação com a concorrência⁸¹.

Note-se que o legislador pátrio, ao formular o *caput* do artigo 20 da lei antitruste, preocupou-se em utilizar a expressão “independentemente de culpa”, nos levando a crer que ali se consagra a responsabilidade objetiva, parecendo ser irrelevante tentar se apurar o elemento volitivo para isentar os agentes econômicos de responsabilidade pela produção de efeitos anticoncorrenciais⁸².

Dessa feita, para apreciação do ilícito administrativo é dispensável a apreciação do aspecto volitivo da conduta, ou seja, é suficiente o cometimento do ato que provoquem as consequências suscitadas no artigo 20 da Lei 8.884/94, para se caracterizar a infração.

No entanto, o elemento intencional está caracterizado, uma vez que os atos elencados no *caput* do artigo 20 dependem de objeto específico. Além disso, os efeitos enumerados nos incisos do artigo 20 pressupõem a clara intenção de realizá-los e lesar a concorrência.

Uma das hipóteses precisa ocorrer para que se configure a infração contra a ordem econômica: a prática de uma ação que tenha objeto ou de uma ação que possa produzir algum efeito ou resultado anticoncorrencial.

Em outras palavras, basta a intencionalidade de produzir os efeitos, a exemplo das empresas que firmam acordo para a fixação de preços, neutralizando a concorrência e prejudicando a livre iniciativa, ou a mera possibilidade dos efeitos serem produzidos, independentemente de sua efetiva ocorrência e da intenção do agente econômico, sendo suficiente a potencialidade do ato, não se exigindo que os efeitos tenham sido alcançados, a exemplo do estabelecimento de uma tabela de honorários praticados por uma associação de classe profissional⁸³.

3.3.1 Os incisos III e IV do artigo 20 da Lei 8.884/1994 e o abuso de poder

Nos incisos III e IV do artigo 20 da Lei Antitruste brasileira, destacou o legislador que a prática de conduta que tencione aumentar de forma arbitrária o lucro e o exercício de forma abusiva de posição dominante consubstanciam-se em infração administrativa a ser analisada pelo CADE.

⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75

⁸² AMORIM, Marcos Paulo. *Op cit.* Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11769/o-elemento-subjetivo-na-configuracao-das-infracoes-a-ordem-economica> >. Acesso em: 31 out. 2010

⁸³ CARLINI ADVOGADOS ASSOCIADOS. Artigo: Controle do poder econômico. 23 nov. 2009. Disponível em: < http://www.carliniadvogados.com.br/ver_noticia.asp?id=131 > Acesso em: 01 nov. 2010.

Na visão de Coelho, o aumento arbitrário dos lucros pressupõe que as práticas empresariais que implicam lucros sem justificção dessa ordem são arbitrrias porque podem chegar a comprometer as estruturas do livre mercado⁸⁴.

Com efeito, o aumento arbitrário do lucro pode ser compreendido como a obtenção irregular de vantagem que não seja proporcional ao custo do investimento, conquistada “a partir de posições de predominância naturais ou artificialmente alçadas”⁸⁵. O agente econômico que possui posição dominante serve-se de tal status para viciar a livre concorrência.

De acordo com os parágrafos 2º e 3º do referido artigo, a posição dominante resta evidenciada 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, na ordem de 20% (vinte por cento).

A constatação de aumento arbitrário de lucro poderia ser executada a partir da verificação da concentração do setor da economia. Com efeito, por exemplo, se numa cidade de 500.000 (quinhentos mil) habitantes existem apenas 03 (três) grandes redes varejistas, que impõem desmesuradas barreiras de entrada de novos concorrentes, estar-se-ia diante de prática desleal que gera lucro arbitrário, na medida em que sacrifica a livre concorrência. Dessa feita, a análise da nocibilidade da conduta será efetuada de acordo com o mercado em atuação.

Geralmente, tem-se o aumento arbitrário de lucros atrelado a práticas concentracionistas em que um pequeno fornecedor fica a mercê de grandes redes varejistas, as quais lhe impõem situações comerciais que implicam em verdadeira dependência econômica, por exemplo, impor contrato de comercialização exclusiva do produto, impedindo a diversificação de clientes.

Sobre esse viés, Granzoti destaca que,

[..]

Lucros arbitrrios não são sinônimos de lucros excessivos. Com efeito, não há uma limitação na Constituição Federal quanto ao grau de auferimento de lucros, talvez até pela dificuldade de controle do resultado das empresas, o qual é deixado sob a tutela do mercado, e que serve como estímulo à livre concorrência e à livre iniciativa. A infração à ordem econômica ocorre quando o aumento de lucros não é

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa Op. Cit., p. 60

⁸⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.45, n. 180, p. 175-85, jul/dez. 1992.

resultado de correspondente melhoria de eficiência do agente, mas da manifestação abusiva de poder econômico sobre concorrentes e não-concorrentes [...] ⁸⁶.

Pode a rede varejista, inclusive, a depender do grau de dependência do pequeno fornecedor, ameaçá-lo de remoção do seu quadro, de modo a submetê-lo a um acordo de exclusividade.

Necessário, portanto, a análise de todo o contexto em que foi firmado o acordo para restringir a concorrência, bem como da conjuntura posterior à efetivação do acordo, para verificar as mudanças e os efeitos acarretados pelo mesmo.

Em certas situações, inclusive, é possível que a grande rede venha a adquirir o pequeno fornecedor, haja vista a impossibilidade deste em adimplir ao contrato de exclusividade na intensidade que lhe foi apostado.

Caso emblemático, nesse sentido, deu-se em Pernambuco em que uma grande rede varejista impôs um contrato de exclusividade a uma produtora de extratos de tomate, dando-se como garantia da operação, e ante a impossibilidade desta de fornecer os produtos na forma esperada, acabou sendo adquirida pela rede varejista, passando a condição de marca própria da empresa.

Nesse contexto, é nítido o exercício irregular de posição dominante, que acabou sufragando o fornecedor economicamente enfraquecido.

O que se pode concluir nesse estudo é que seja a obtenção arbitrária de lucro, seja o exercício irregular de posição dominante, a prática de condutas com esses trejeitos arvora verdadeiro abuso de poder, na medida em que o poder de imposição afeta às grandes redes varejista assemelha-se a um verdadeiro oligopólio.

Na hipótese de circunstância como a que restou exposta acima destacada seja submetida à análise pelo CADE, com fulcro nos artigos 23 a 27 da lei 8.884/1994, admite-se a imposição de multas, de obrigações de fazer e desconstituição do negócio jurídico, sem obstar que busque o pequeno fornecedor – no âmbito da responsabilidade contratual – seja declarada a nulidade de cláusulas contratuais, a suspensão dos efeitos do negócio jurídico e imposição de pagamento de indenização pelos danos sofridos pelo pequeno fornecedor em razão da conduta da grande rede varejista

⁸⁶ GRANZOTI, Fernando de Miranda. O abuso de estado de dependência econômica no contrato de distribuição. Dissertação de mestrado. Curitiba: PUC Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005, p. 87

3.4 Decisões do CADE

A baixa procura dos pequenos fornecedores pela tutela do CADE pode ser explicada pela falta de garantia de que não sofrerá os efeitos “vingativos” da rede varejista, capazes de lhe fechar as portas do mercado concorrencial, ou, dificultar a sua transição.

Não obstante, em que pese ainda tímida, a atuação do CADE no julgamento de questões envolvendo a atuação de agentes econômicos varejistas sobre os demais atores da cadeia de produção, mais especificamente os pequenos fornecedores, nas decisões proferidas por tal órgão é possível constatar seu nítido perfil de cumprimento das prescrições legais, quando lhe são submetidas caso que versam sobre abuso de poder atinente ao auferimento de lucro excessivo e exercício irregular de posição dominante.

Nesse sentido, observem-se os seguintes precedentes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.004372/00-70

Representante: Ciefas - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde.

Representada: Coorlece - Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará

Advogados: Haroldo Brasil da Luz Júnior, Luiz Fernando Moreira e outros.

Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior

EMENTA: Processo Administrativo. Denúncia formulada pelo Comitê de Integração de Entidades de Assistência à Saúde (Ciefas) contra a Coorlece - Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará por prática de cartelização no setor médico. Mercado relevante de prestação de serviços de atendimento à saúde, tanto por meio de planos e seguros de saúde, bem como outros sistemas de prestação de serviços médicos coletivos. Mercado geográfico referente ao Estado do Ceará. Configurada e comprovada conduta que infringe o disposto nos incisos I e IV do art. 20 c/c art.21 inciso II da Lei 8884/94. Fixação de tabelas de honorários médicos. Reafirmação da jurisprudência já assentada no CADE. Aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente Substituto Thompson Almeida Andrade e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, decidir pela configuração da infração prevista no artigo 20, I e IV c/c artigo 21, II da Lei nº 8.884/94, caracterizando a prática de adoção de conduta comercial uniforme na prestação de serviços médicos, determinando à COORLECE – Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará: (a) a pagar, penalidade consistente em multa de R\$ 6.384

(seis mil trezentos e oitenta e quatro reais), correspondente a 6.000 UFIRs, no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União; (b) a publicação de Nota Pública contendo o inteiro teor da decisão do CADE, por dois dias seguidos durante duas semanas consecutivas, no maior jornal de circulação do Estado do Ceará, nos termos do art. 24, I, da Lei 8.884/94; (c) demonstrar ao CADE o cumprimento das deliberações acima, dentro de 30 dias, a contar da publicação da decisão no Diário

Oficial da União. Determinando ainda o pagamento de multa diária de R\$ 5.384,00 (cinco mil trezentos e oitenta e quatro reais), nos termos do artigo 25 da Lei 8.884/94, pelo descumprimento desta decisão pela Representada. Participaram do

juízo o Presidente Substituto Thompson Almeida Andrade e os Conselheiros Celso Fernandes Campilongo, Afonso Arinos de Mello Franco Neto, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Ronaldo Porto Macedo Júnior. Presente o Procurador-Geral Fernando de Magalhães Furlan. Ausentes, justificadamente, o Presidente João Grandino Rodas e o Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo. Brasília, 26 de junho de 2002 (data do julgamento).

RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR
Conselheiro-Relator
THOMPSON ALMEIDA ANDRADE
Presidente do Conselho Substituto

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.0023281/97-41

Representante: Rosânia Emília Ribeiro da Cunha.

Representadas: Unimed Araguari e Unimed Uberlândia

Advogados: Flávio Henrique Alessi, Elisa Maria Alessi de Melo, Tânia Mara Guimarães Pena e Egberto Miranda Silva Neto (Unimed/Araguari), José Américo Fonseca Attie, Wilson Ribeiro da Silva e Carlos Muzzi de Oliveira (Unimed/Uberlândia)

Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior

EMENTA: Processo Administrativo. Prática restritiva à livre concorrência à livre concorrência e abuso de posição dominante. Proibição aos médicos cooperados de prestarem assistência médica a outras empresas concorrentes. Infração configurada pela aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente Substituto o Conselheiro Thompson Almeida Andrade e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, considerar as representadas como incursas no art. 20, incisos I, II e IV, c/c o art. 21, incisos IV, V e VI, ambos da Lei nº 8.884/94, condenando cada uma das Representadas, com fundamento no art. 23 III, c/c art. 27 da mesma Lei, ao pagamento de multa no valor de R\$ 63.846,00, totalizando o valor de R\$ 127.692,00, determinando, ainda, a realização das seguintes providências: a) alteração dos Estatutos Sociais das Representadas para serem excluídas todas as cláusulas que imponham exclusividade aos associados, que vedem a prestação de serviços a concorrentes e/ou que punam a dupla militância, devendo as alterações ser comprovadas junto ao CADE, por meio dos originais ou cópias autenticadas dos referidos estatutos, devidamente registrados na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, no prazo de 20 (vinte) dias após a publicação do acórdão da presente decisão; b) imposição, sem prejuízo da multa cominada, e em conformidade com o art. 24, I, da mesma lei antitruste, da obrigação das Representadas realizarem, às suas expensas, publicação em meia página no jornal de maior circulação dos mercados relevantes geográficos onde atuam de extrato do presente voto, por dois dias seguidos, por duas semanas consecutivas, obrigação esta também a ser comprovada ao CADE no prazo de 60 (sessenta) dias após a publicação do acórdão da presente decisão; c) determinação às Representadas que comuniquem o teor da presente decisão a seus associados e consumidores, por qualquer meio de divulgação em que seja possível identificar o seu emissor, destinatário, data e autenticidade, comprovando perante o CADE o cumprimento das determinações citadas, no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação do acórdão da presente decisão, sob pena de multa diária de 5000 (cinco mil) UFIR, em conformidade com o disposto no art. 26, da Lei n.º 8.884/94; d) aplicação, na continuidade de atos ou situações de infração à ordem econômica ou no caso de descumprimento das cominações enunciadas pelos itens anteriores acima, de multa diária de 5000 (cinco mil) UFIR, com fundamento no art. 25, da Lei antitruste. Deverão ser remetidas cópia dos presentes autos ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para as

providências que entenderem cabíveis. Participaram do julgamento o Presidente substituto Thompson Almeida Andrade e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Ronaldo Porto Macedo Júnior, Miguel Tebar Barrionuevo, Cleveland Prates Teixeira e a Procuradora-Geral Maria Abadia Alves. Declarouse impedido o Conselheiro Fernando Marques. Ausente, justificadamente, o Presidente do CADE, João Grandino Rodas. Brasília-DF, 12 de março de 2003 (data do julgamento).

RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR

Conselheiro-Relator

THOMPSON ALMEIDA ANDRADE

Presidente do Conselho Substituto

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.000711/2004-99

Representante: CADE

Representada: Unimed Livramento - Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos

Advogados: Marco Túlio de Rose, Liliana Berry Veiga de Rose, Roberto do Nascimento Martins e outros.

Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos

EMENTA: Processo Administrativo. Imposição por parte da Unimed Livramento de exclusividade, aos seus cooperados, de prestação de serviços médicos, impedindo-os de atender outra operadora de planos de saúde. Infrações previstas no artigo 20, incisos I e IV c/c o artigo

21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94. Infração configurada e comprovada. Reafirmação da jurisprudência já assentada no CADE. Aplicação de multa de R\$ 63.846,00. Alteração do Estatuto Social da Representada, de modo a eliminar a cláusula de exclusividade. Imputação à Representada de publicar em jornal de maior circulação no mercado relevante geográfico em que atuam, o extrato do presente voto por dois dias seguidos em duas semanas consecutivas. Determinação às Representadas de comunicar o teor da presente decisão aos seus associados, comprovando perante o CADE o seu cumprimento. Imposição de multa diária pela continuidade dos atos de infração à ordem econômica de R\$ 5.320,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, considerar as condutas da Representada como infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, incisos I e IV e 21, incisos IV e V, todos da Lei nº 8.884/94, aplicando multa pecuniária no valor de R\$ 63.846,00 (sessenta e três mil, oitocentos e quarenta e seis reais), equivalente a 60.000 UFIR a ser paga no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da publicação do acórdão da presente decisão. Foi determinado ainda: (i) que a Representada altere seu Estatuto Social, particularmente o artigo 18, alínea “e” e o artigo 22, alínea “a”, de modo a excluir qualquer cláusula ou dispositivo que imponha exclusividade a seus cooperados, impedindo-os de se credenciarem ou prestarem serviços a outros agentes no mercado relevante, sendo que essa determinação deve ser comprovada perante o CADE em até 30 (trinta) dias após a publicação do presente acórdão; (ii) que a Representada realize às suas expensas e sem prejuízo de qualquer das determinações constadas nesse acórdão, a publicação, em meia página de jornal de maior circulação no mercado relevante geográfico, do extrato da presente decisão, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei nº 8.884/94; (iii) que a Representada comunique o teor da presente decisão aos seus associados por meio idôneo de comunicação; (iv) que a Representada comprove, perante o CADE, o cumprimento das decisões contidas nos itens (ii) e (iii) supra, no prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da publicação do presente acórdão. A continuidade da conduta infrativa, após a decisão do CADE, ou o não cumprimento da mesma,

acarretará multa diária no valor de R\$ 5.320,00 (cinco mil trezentos e vinte reais), correspondente a 5.000 UFIR, com fundamento no artigo 25 da Lei nº 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente o Procurador-Geral Substituto Mauro César Santiago Chaves. Brasília – DF, 05 de outubro de 2005, data do julgamento da 358ª Sessão Ordinária de Julgamento.

LUÍS FERNANDO RIGATO VASCONCELLOS
Conselheiro
ELIZABETH. M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

As decisões do CADE, portanto, considerarão o caso concreto, podendo incorrer na aprovação de um ato ilícito concorrencial que, na prática, traga benefícios à sociedade, assim como na desaprovação de ato que possa trazer prejuízos à coletividade e aos mercados, sob a ótica da legislação antitruste e dos diversos aspectos que compõem a sociedade.

Por fim, cabe reiterar que não apenas o surgimento do CADE, mas também as decisões deste órgão estão inseridas num contexto de aperfeiçoamento das relações sociais e econômicas desde o início do processo de globalização. A preocupação voltou-se à necessidade de se ampliar os horizontes, com a melhoria da qualidade de produtos e serviços nacionais oferecidos, e de se inserir a economia brasileira de modo competitivo nos mercados econômicos mundiais, mas não sem se considerar as práticas anticoncorrenciais que tenham efeitos concentracionistas negativos à economia brasileira.

A modernidade da lei antitruste, aliada à responsabilidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, trouxe inúmeros benefícios ao Direito da Concorrência brasileiro, permitindo avanços da economia do país do ponto de vista da atuação mais autônoma das empresas nacionais não apenas no mercado interno, mas também no externo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos casos de infrações em relação ao abuso de poder econômico praticados pelas grandes redes varejistas e mais especificamente o exercício irregular de posição dominante e de auferimento de lucros de forma arbitrária existe um grande problema atinente à sua comprovação pelos pequenos fornecedores, na medida em que estes não procuram a tutela do órgão administrativo, haja vista o receio de sofrerem represálias e não terem suporte financeiro para enfrentá-las.

O combate aos oligopólios é necessário para elidir os graves danos que essa prática causa à livre concorrência, ao mercado, aos fornecedores e aos consumidores.

Difícilmente nos damos conta do quão prejudicial pode vir a ser uma Multinacional de extrema capacidade econômica e grandiosa participação no mercado local e nacional. Por trás destes gigantes de vendas, de recolhimento de impostos e geração de empregos está uma grande represa com seus diques abertos sangrando o capital nacional para suas matrizes no estrangeiro. Fala-se não dos lucros contabilizados fiscalmente, mas aqueles provenientes da sementeação do medo e imposição e ameaças de boicotes caso não sejam cumpridas as exigências extracontratuais. Sobre as inerentes ao contrato já se constituem abusivas, pois superam em percentuais em muito daquilo que uma empresa produtora obtém de lucro bruto.

Estes valores financeiros angariados de forma extorsiva são repassados na íntegra para suas matrizes no estrangeiro quando do fechamento de cada semestre. As margens de lucro obtidas com o próprio exercício da sua finalidade são agregados ao preço final dos produtos postos à venda. Portanto, em nada, ou melhor, em nenhuma destas vantagens participará o consumidor final.

Não é um esforço e buscas incessantes por baixa de preços, otimização operacional e conseqüente benefício ao consumidor final. Muito pelo contrário, são extorquidos fornecedor e consumidor final em prol da remessa de lucros ao estrangeiro. Aos produtores e fornecedores restam quase sempre margens reduzidíssimas de lucro bruto, por vezes causando prejuízo e favorecendo e alimentando um ciclo vicioso onde, no esforço para fugir da insolvência iminente, cai-se nos tentadores e provocantes grandes pedidos de produtos. Ou seja, cada vez mais se cava um fosso para o próprio sepultamento. Quando as grandes empresas, sejam elas de capital estrangeiro ou não, nacionais ou multinacionais vêm com propostas de instalar-se no mercado Brasileiro, certamente existem todas as exigências e

cláusulas de proteção ao mercado interno, pois, não é justo que causem desordem econômica e social.

Porém, já de partida são beneficiadas com grandes incentivos fiscais que propiciam uma enorme vantagem sobre os pequenos varejistas que não têm condição de se impor vez que além de serem de pequeno e médio porte, não trazem novas propostas de geração de empregos e desenvolvimento regional. Assim, cresce aos olhos do Estado a entrada de capital estrangeiro e com ele a absorção de grande parte de uma mão de obra ociosa e à margem do mercado produtivo e consumidor.

Seria fantástico se apenas acontecesse o lado claro e bom da proposta, mas não é apenas assim que acontece. Somos ainda um País carente de desenvolvimento principalmente no tocante à questão social e ainda bastante suscetível ao encantamento de promessas de desenvolvimento e crescimento pautados e fomentados pela entrada de empresas estrangeiras e multinacionais detentoras de grande poder econômico.

A escolha é simples, findar a empresa fornecedora hoje ou continuar até que esta política abusiva, desleal e nociva acabe. Pouco importa se cerca de cinquenta por cento das empresas fecham suas portas antes do primeiro ano de vida. Pouco importa se apenas vinte e cinco por cento delas estão de pé e atividade após superados os dois primeiros anos de sua constituição. Este é o ponto, não são analisadas as causas de mercado que contribuem para os constantes desaparecimentos de empresas. Se colocarmos em uma balança, talvez o que um grande grupo estrangeiro gere de empregos e desenvolvimento regional não compense na matança de embriões de grandes grupos locais, regionais e nacionais que poderiam estar surgindo.

Acredita-se que, se em um espaço de tempo muito em breve não forem fiscalizadas estas práticas abusivas, ditatoriais e desleais de atuação, os pequenos e médios produtores ficarão nas mãos de oligopólios em todos os setores de nossa economia e o pior, fortalecendo economias que não a nossa.

Assim sendo, buscou-se com este pequeno trabalho, chamar atenção do problema vivido por muitas empresas de pequeno, médio e até as de grande porte que infelizmente precisam destes grandes canais de distribuição para colocarem seus produtos nos pontos de venda. Espera-se que este estudo sirva de alerta para que haja uma fiscalização mais direta e direcionada no setor; que sejam vistas as peças contábeis e fiscais; as remessas de lucros ao exterior; as notas fiscais de entrada e saída de mercadorias; os valores pagos aos fornecedores e principalmente aqueles valores provenientes de descontos financeiros por antecipação de recebíveis caracterizando veementemente operações inerentes de instituições financeiras e

bancárias, de modo a impedir que a conta da ganância e inoperância administrativa não chegue ao consumidor.

Dessa forma, é necessária uma reforma na legislação que verse sobre o direito da concorrência, de modo a incentivar que os pequenos fornecedores lesados pelas práticas anticoncorrenciais busquem a resolução das pendências prejudiciais, sem, no entanto, sofrerem conseqüências pela busca ao amparo do CADE.

O intuito deste trabalho, outrossim, é enriquecer os questionamentos jurídicos sobre as práticas anticoncorrenciais e como elas afetam a sociedade como um todo, com análise a partir de diversos autores, sem pretensões de apresentar uma verdade absoluta, mas, sim, em fomentar a seara jurídica com debates em torno do assunto da livre concorrência e das práticas que atentam a livre concorrência juntamente com a pressão do mais forte sobre o mais fraco, o economicamente dependente da relação mercantil.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

AMORIM, Marcos Paulo. **O elemento subjetivo na configuração das infrações à ordem econômica**. Jus Navigandi, ago. 2008. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11769/o-elemento-subjetivo-na-configuracao-das-infracoes-a-ordem-economica> >. Acesso em: 31 out. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULGARELLI, Waldírio. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL, Site do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBRIE.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2010.

_____. Lei nº 8.137/90. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8137.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2010.

_____. Lei nº 9.279/96. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm >. Acesso em 31 de outubro de 2010.

CARLINI ADVOGADOS ASSOCIADOS. **Controle do poder econômico**. 23 nov. 2009. Disponível em: < http://www.carliniadvogados.com.br/ver_noticia.asp?id=131 > Acesso em: 01 nov. 2010.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fabio Konder. **Concorrência Desleal**. Ano 56, Janeiro de 1967, volume 375 - São Paulo : Revista dos Tribunais, 1967, págs. 29 -35.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. **A construção da defesa da concorrência no Mercosul: uma perspectiva construtivista - cooperação e interesses nas relações internacionais** - Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Campinas, SP : [s. n.], 2010.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição 1996.

_____. **Admissibilidade de atos que limitam a concorrência**. Fórum Permanente da Concorrência- FPC.

_____. **Mercosul: Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor**. Caderno de Debates PLURAL: Globalização e Pós-modernidade. Volume 12/Outubro/99, páginas 51 a 63. Belo Horizonte: FUMEC.

_____. **Lei de Defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional**. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.45, n. 180, p. 175-85, jul/dez. 1992

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Teoria do equilíbrio na análise jurídica de ambientes concorrenciais: a contribuição de John Nash para o Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 890, 10 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7665>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

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

FREITAS, Newton. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC)**. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=239>. Acesso em 28 de outubro de 2010.

GARCIA, Sheila Farias Alves, GATAROSSA, Angela Antonia Lopes Biudes, e NEVES, Marcos Fava. **O ambiente institucional e as decisões de marketing em fusões: o caso da indústria de cerveja**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1302, 24 jan. 2007. Disponível em: <http://www.markestrat.org/uploads/file/PUBLICACOES/ACN031.pdf>. Acesso em: 28 out. 2010.

GIACOMAZZI, Adriana. **Características e comentários sobre a Lei 8.884/94**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/28642/public/28642-28660-1-PB.pdf> > Acesso em: 01 nov. 2010.

GRANZOTI, Fernando de Miranda. **O abuso de estado de dependência econômica no contrato de distribuição. Dissertação de mestrado**. Curitiba: PUC Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 4.ª ed., 1998.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

MARINS, Vinicius. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em 02.set.2010.

MATTOS, César. **Mercado Relevante na Análise Antitruste: uma aplicação do Modelo da Cidade Linear** – CADE: Texto para discussão nº 09 – Fórum Permanente da Concorrência- FPC.

OLIVEIRA, Marcel Thiago de. **Grandes redes varejistas e dependência econômica dos fornecedores. Prática anticoncorrencial?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1591, 9 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10625>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

ROCHA NETO, Luiz Henrique da. **Concentrações empresariais: aspectos jurídicos do caso AMBEV**. Dissertação (mestrado) – Universidade católica de Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.bddd.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1093>. Acesso em 29 de outubro de 2010.

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

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. **Qualificação jurídica da concorrência e o direito societário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1302, 24 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9422>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes**. Revista de Direito Mercantil, vol. 124. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Marcelo de Lima e. **Aspectos institucionais da política de defesa da concorrência no Brasil e no Japão**. Dissertação de Mestrado em Economia da Regulação e Defesa da Concorrência. UnB, Brasília, 2003.p. 3.

ZEGGER, Arthur. **Mercado e Concorrência: abuso de Poder Econômico e Concorrência Desleal**. Revista da SJRJ, rio de Janeiro, n. 28, p. 47-68, 2010.

ANEXOS

Anexo 1 – Jurisprudência CADE – PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.004372/00-70

Anexo 2 – Jurisprudência CADE – PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.0023281/97-41

Anexo 3 – Jurisprudência CADE – PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.000711/04-99

Anexo 4 – Jurisprudência CADE – PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.004372/00-70

Anexo 5 – Jurisprudência CADE – PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006459/98-31

Anexo 6 – Jurisprudência CADE – PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.000711/04-99