

A ANÁLISE DO MERCADO RELEVANTE E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA MATÉRIA ANTITRUSTE

*José Carlos da Silva Nogueira **

Esse trabalho tem por intuito lembrar alguns institutos do direito antitruste, apresentar perspectivas dessa matéria em relação ao segmento do mercado farmacêutico, bem como traçar alguns paralelos dos princípios que norteiam a matéria com elementos fundamentais do direito constitucional.

Assim, tentaremos na medida do possível, dentro dos limites a que se propõe o material apresentado, tecer considerações sobre a análise antitruste e os mecanismos utilizados para a proteção da concorrência. A partir da verificação dos mecanismos utilizados para a análise antitruste poderemos aplicar essas ferramentas ao segmento específico da indústria farmacêutica.

É importante notar que apesar de navegarmos por alguns dos mais importantes elementos capazes de identificar e avaliar se uma determinada conduta, ou se uma determinada negociação entre agentes econômicos (análise estrutural e análise comportamental), tais como Mercado Relevante, Poder de Mercado e Barreiras à Entrada (acentuamos que esses elementos são essenciais, mas não suficientes para que uma análise antitruste seja bem sucedida), o nosso campo de interesse concentra-se no Mercado Relevante. E isso porque a análise desse elemento é de importância imensurável para a identificação não somente dos agentes econômicos que devem ser investigados, mas de toda a conjuntura econômica que envolve a suspeita de atos contrários à concorrência eventualmente levantada. Isso implica dizer que o raio de análise da matéria será restrito e certamente não esgotará o assunto, sendo certo que outras considerações, e certamente melhores comentários devem existir, ou poderão surgir sobre o ponto exercitado.

De qualquer forma, esperamos que a nossa contribuição possa aclarar certas dúvidas a respeito do segmento identificado, contribuindo para o estudo da matéria e alertando para a importância da utilização correta dos mecanismos que devem ser utilizados para a identificação de práticas nocivas à concorrência. Como se sabe o escopo da matéria antitruste é garantir um mercado competitivo, com uma saudável interação entre os agentes econômicos envolvidos na cadeia produtiva (compradores e vendedores) a

* Advogado -Mestre em Direito pela University of San Francisco.

fim de que o mercado possa oferecer preços competitivos e com produtos de alta qualidade aos consumidores. Ou seja, o direito antitruste tem como idéia central o entendimento segundo o qual a sociedade será sempre beneficiada quando houver um mercado competitivo capaz de maximizar a sua satisfação. E a correta identificação do mercado relevante em conduta investigada pelos órgãos de defesa da concorrência é fundamental para que o seu objetivo seja alcançado.

OS OBJETIVOS DA ANÁLISE ANTITRUSTE

1.- O instituto da defesa da concorrência no Brasil está amparado, especialmente, pela Lei nº 8.884, do ano de 1994. A lei em comento transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em Autarquia, dispondo, ainda, basicamente, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica¹³¹.

2.- A Lei acima indicada tem como fim precípua combater e punir todo ato capaz de inibir, limitar ou eliminar a concorrência. Assim, todos os atos capazes de restringir a concorrência são atacados pela comentada lei, pois significam a possibilidade do desequilíbrio do mercado, gerando uma deformação no sistema jurídico econômico assegurado pela Constituição de 1988.

3.- Com efeito, a Constituição da República, lançada nos idos de 1988, assevera, em seu artigo 170, baseado no princípio da livre iniciativa que “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: (...) livre concorrência”. E a livre concorrência, por sua vez, está assegurada constitucionalmente quando o artigo 173, parágrafo 4º, estatui que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados,

¹³¹ José Inácio Gonzaga Franceschini, em artigo publicado na Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Defesa Econômica - nº 23 – assim define o Direito da Concorrência: “É sabido que o Direito da Concorrência, ramo do Direito Penal Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade, é a simbiose do Direito com a Economia.

à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros”.¹³² De qualquer forma, não estenderemos aqui a nossa análise a respeito da idéia da Constituição Econômica por não se afigurar o nosso campo de interesse no presente trabalho. Basta tão somente que tenhamos a consciência do reconhecimento por garantia constitucional do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, que, por sua vez, tem compromisso inarredável com a dignidade humana, com a justiça social. E, nesse contexto, a livre iniciativa, se considerada como mecanismo para o desenvolvimento de uma sociedade em busca de justiça social, não pode prescindir de controle sobre o sistema da concorrência, sob pena de se permitir a concentração de mercados, que, em um primeiro momento, pode revelar-se danoso aos fins que objetivam os princípios acima apresentados.

¹³² O Professor Pedro Paulo Cristófar, em artigo publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. VI, sob o título, “O Princípio da Livre Iniciativa Como um dos Fundamentos da República. Conseqüências”, às páginas 25 e 26, faz as seguintes considerações: “O regime da economia de mercado é, sem dúvida, compatível com a intervenção do estado em matéria econômica. A regra constitucional da livre iniciativa apenas limita o campo e o alcance da competência e da atividade do estado na economia. O sistema constitucional brasileiro consagra a economia de mercado, limitada a intervenção do Estado a tutelar o sistema de mercado e especialmente a proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição de 1988 admitiu o papel do Estado como agente regulador da atividade econômica. Mas, desenganadamente, consagrou a economia de mercado. Assim entendido, ao menos quanto às suas características básicas, o sistema econômico que a Constituição Brasileira adota, cumpre dar conseqüência ao princípio constitucional. Se a Constituição nos coloca sob o regime da livre iniciativa, o sistema jurídico há de afeiçoar-se a esse princípio. Se o sistema econômico é, por força da regra constitucional, o da livre empresa, as normas legais de hierarquia inferior não de permitir o funcionamento dele, procurar aperfeiçoá-lo, corrigir-lhe as distorções, reprimir os abusos (não os usos) de sorte que a atividade econômica se desenvolva de forma razoavelmente eficiente, em benefício da sociedade como um todo. Ora, não é muito difícil verificar que o regime da livre empresa, o sistema capitalista, se baseia em alguns institutos jurídicos sem os quais ele é impensável. O sistema capitalista terá a possibilidade de funcionar razoavelmente na medida em que esses institutos jurídicos sejam regulados de forma também razoável e sejam preservados na sua essência. Se esses institutos fundamentais forem regulados e aplicados de forma contrária ao sistema que neles se assenta, as chances de que o sistema funcione de maneira minimamente eficaz serão reduzidas ou quase nulas. (Esse grifo é nosso e a sua importância será identificada no curso do trabalho).

4.- O que se percebe é que o Estado pode e deve sempre influir na política econômica quando o mercado, ainda que baseado no princípio da livre iniciativa, de alguma forma não atender os interesses sociais e atingir de maneira nociva o bem estar dos indivíduos. Como lançado no parágrafo anterior, o combate ao abuso do poder econômico é um dos motes da Carta Magna no que tange ao comportamento do Estado em relação à economia e deve ser sempre considerado como mecanismo de controle de mercado para garantir uma livre iniciativa capaz de atender aos interesses também já comentados ¹³³.

5.- Diante disso, entendemos pertinente apresentar os pilares formadores da estrutura de defesa da concorrência, normatizados na Lei nº 8.884, do ano de 1994, e que norteiam as medidas adotadas pelos órgãos de proteção à ordem da concorrência. Com essa breve introdução sobre a matéria pretendemos organizar essa apresentação de forma a compreender as razões que nos levam a defender a tese foco de nosso trabalho.

6.- Assim, consideramos fundamental, inicialmente, promover uma abordagem sobre os objetivos que circundam a política de defesa econômica, e as diretrizes possíveis adotadas pelos órgãos governamentais para o alcance

¹³³ Villela Souto, Marcus Juruena, “Ordem Econômica na Constituição”, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Volume V, página 158. Nesse artigo o Professor Marcus Juruena esclarece que: “Toda estrutura do Estado, os três poderes em termos de repartição espacial do poder, a União, o Estado e o Município, e em termos de repartição funcional do poder, Legislativo, Executivo e Judiciário, essa estrutura estatal se molda para que os objetivos do Estado, ou seja, da busca da sociedade livre, justa, solidária, da erradicação da pobreza, da busca do pleno emprego e do desenvolvimento econômico, sejam alcançados através dos instrumentos previstos lá no artigo 170 da CF. E no artigo 170 e seguintes se reafirma que esse Estado é caracterizado pela liberdade de iniciativa, princípio do qual decorrem dois subprincípios: 1º) O princípio da abstenção, que vai na linha do Estado Liberal, ou seja, a regra é que o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, ressalvadas as hipóteses autorizadas na Constituição; portanto, o Estado está legitimado – papel clássico da Constituição – a intervir no domínio econômico; todavia ele está limitado aos termos da própria Constituição; 2º) O princípio da subsidiariedade, por força do qual, o Estado só intervém diretamente no domínio econômico nas hipóteses autorizadas na Constituição, que são as de “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. Somente nessas duas situações é que o Estado está autorizado a explorar a atividade econômica; fora disso, o Estado pode intervir no domínio econômico, conforme autorizado no artigo 174 da CF. Essa intervenção se dá através do planejamento, fomento econômico e da fiscalização e repressão ao abuso do poder econômico.”

dos alvos do controle antitruste. Dessa forma, poderemos mais adiante apresentar os pilares fundamentais da Legislação Antitruste pátria, sem fugir do campo de interesse do presente trabalho.

7.- A política antitruste surge a partir da premissa segundo a qual agentes econômicos poderão contribuir de maneira significativa para o bem estar social, alcançando uma desejada função social, se forem especialmente competitivos. Nesse sentido, diz-se que os consumidores tendem a encontrar a satisfação esperada, maximizando as suas expectativas por meio da alocação de seus recursos entre vários fornecedores de bens e serviços. É verdade que historicamente, ao menos no período contemporâneo, a prática antitruste surge por meio do Sherman Act, datado de 1890, e “deve ser entendido como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la”¹³⁴.

8.- Em termos de legislação antitruste o que não se pode perder de vista é o ponto central da matéria, ou seja, o estudo da competição no mercado. Não se pode negar que sendo o estudo da competição de mercado o centro nevrálgico da matéria as condições históricas e sociológicas que envolvem o termo devem ser consideradas. Como conseqüência, a cada momento os estudiosos da matéria acabam por se confrontar com mudanças de rumo no entendimento econômico sobre o conceito de competitividade, ou de ideal de competitividade, e tendem a um comportamento pendular variando entre os elementos históricos formadores da legislação antitruste e a sua atual concepção econômica e jurídica.

9.- À guisa de exemplo podemos demonstrar a importância que a teoria econômica passou a apresentar na processo de política antitruste, e, conseqüentemente, nas decisões dos tribunais internacionais, a partir dos trabalhos apresentados por representantes das escolas de Chicago e de Harvard. A Escola de Harvard, de cunho liberal¹³⁵, compreendia a necessidade de combate as grandes concentrações de poder de mercado, sendo certo que alertavam para possíveis danos ao bem estar social caso poucos agentes econômicos estivessem lançados no mercado específico. A ilustre autora

¹³⁴ Forgioni, Paula A. “Os fundamentos do Antitruste”, página 65.

¹³⁵ É importante notar que o termo liberal empregado nessas condições não deve ser confundido com mercado liberal. O termo, nesse caso, deve ser compreendido dentro de uma conjuntura política na qual a preocupação com o bem estar social prevalece sobre os possíveis ganhos de agentes econômicos.

Paula Forgioni, em sua obra anteriormente citada, à página 156, lança mão do ensinamento de Phillip Areeda e D. Turner, que com seus comentários transcritos por Sullivan e Hovenkamp, e atestam que :

“Populist values are served, to a very considerable extent, by the antitrust policies that promote economic efficiency and progressiveness. The competitive market is one in which power is not unduly concentrated in the hands of one or a few firms. They are sufficiently numerous to offer real alternatives to their suppliers and customers, whose fate is thus determined by impersonal market forces rather than by the arbitrary fiat of another. And the several firms that share that market will necessarily have less individual economic or political significance than would be had a single firm, or by substantially fewer firms, controlling that market. Accordingly, the goals of dispersed power and wider business opportunities are served by an antitrust policy which eliminates monopoly not attributable to economies of scale or superior skill, and which prevent those mergers, agreements, or practices which obstruct efficient competition. Populist goals and efficiency goals are consistent over a wide range.”

10.- A Escola de Chicago, por sua vez, apresentou um novo entendimento para a questão do ideal competitivo apresentando críticas muito bem expostas na obra da ilustre Doutora Lúcia Helena Salgado, intitulada “A Economia Política da Ação Antitruste”. Na citada obra, à página 38, a ilustre Doutora nos ensina que:

“A discussão econômica em torno da política antitruste sempre foi alimentada pela reflexão de antigos integrantes, a começar por Donald Turner, titular da Divisão Antitruste durante os primeiros anos 60 e autor, junto com Areeda, de alguns dos textos antitruste de maior influência durante anos. Williamson, também um ex-integrante dos quadros do governo, foi o primeiro a pôr em dúvida os benefícios da aplicação dos conceitos de organização industrial à política antitruste. Mas a grande reviravolta na interpretação econômica dos problemas antitruste deu-se com a articulação da crítica de Chicago à aplicação da idéia de poder de mercado às restrições verticais”

11.- Como escopo do ensinamento da Escola de Chicago encontra-se, em síntese, a análise econômica das questões envolvendo a política antitruste. A Escola de Chicago chegou ao entendimento de que a análise antitruste deve levar em consideração a eficiência alocativa, ou seja, a possibilidade de existir ganhos para os consumidores a partir de práticas que, em um primeiro momento, possam parecer contrárias aos interesses de política atenta a competitividade para garantir o bem estar social¹³⁶ e garantir que a prevalência de certos agentes econômicos sobre outros seja resultado de sua superioridade em eficiência alocativa.

12.- É bem verdade que a divergência entre as principais escolas sobre a matéria prevalecem nos dias atuais e os mecanismos a serem aplicados pelos organismos de proteção ao sistema de defesa da concorrência dependerão sempre da linha político-econômica adotada pelo governo central. Em que pesem as divergências de natureza econômica sobre qual teoria deve prevalecer na política antitruste, a fim de que o bem estar social, possível e desejado, seja alcançado, fato é que a legislação de defesa da concorrência tem como princípio basilar a percepção de que a sociedade será sempre beneficiada caso prevaleça no mercado certo grau de competitividade capaz de garantir produtos de melhor qualidade a preços acessíveis à média dos consumidores.

13.- É importante salientar que independente da Teoria Econômica em vigor para a aplicação de uma política antitruste, certos elementos são imprescindíveis para a análise de atos potencialmente prejudiciais à concorrência. Além disso, os pilares fundamentais do controle antitruste não se modificam seja qual for a Teoria Econômica adotada pelos órgãos de proteção ao sistema de defesa da concorrência. No Brasil, seguindo tendência mundial, os mecanismos de controle se assentam na esfera preventiva e na esfera repressiva, sendo o primeiro pilar, previsto no artigo 54 da Lei

¹³⁶ A regra da razão pode ser definida como a regra que vislumbra a possibilidade de se permitir adoção de atos que, em princípio, deveriam ser considerados nocivos à saúde do mercado, mas que a partir de eficiências econômicas apresentadas acabam por se justificar. É importante notar que a regra da razão já estava presente nos elementos antitruste, conforme apresenta a jurisprudência norte americana. Apesar de o Sherman Act não apresentar qualquer dispositivo capaz de justificar a aceitação de conduta colusiva a partir de uma justificativa de eficiência econômica, com o passar do tempo e a constatação de que a aplicação literal da Lei não se coadunava coma realidade a Corte Americana passou a considerar a possibilidade de aplicação da regra da razão tendo como caso clássico *Standard Oil v. United State*.

Antitruste, o de natureza preventiva, previsto para o controle de negócios como aquisições, fusões e incorporações, além de qualquer outro ato sob qualquer forma manifestado que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, sendo que em havendo esses acontecimentos negociais, envolvendo controle de mais de 20% do mercado relevante, ou de empresas cujo faturamento bruto anual tenha apontado valor igual ou superior a quatrocentos milhões de reais, os órgãos que compõem o sistema de proteção à concorrência devem ser comunicados sob pena desfazimento do negócio, além de aplicação de penalidade pecuniária. O que se pretende com a forma de controle apresentada é impedir o surgimento de estruturas de mercado que aumentem a probabilidade de abuso de Poder Econômico por parte das empresas integrantes do mercado analisado.¹³⁷

14.- Quanto ao segundo pilar, esse está estampado no artigo 20 e 21 da Lei nº 8.884, do ano de 1994, encontrando amparo nesses dispositivos legais que reprimem os atos tendentes a, basicamente, limitar a concorrência, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros ou, ainda, exercer de forma abusiva posição dominante no mercado. A prática antitruste tem demonstrado, entretanto, que as operações e as práticas que possam acarretar prejuízo ao mercado devem ser analisadas criteriosamente, pois ganhos significativos de eficiência econômica devem prevalecer para que se possa obter uma aplicação eficiente da legislação. A bem da verdade, esse entendimento decorre da aplicação da regra da razão segundo a qual uma operação empresarial somente deverá ser considerada ilegal se for realizada de maneira não razoável, sendo certo que esse entendimento foi construído a partir de decisões lançadas pelas Cortes Norte – Americanas, especialmente no caso *Standard Oil Company f New Jersey v. United States* e sedimentado no caso *United States of América v. American Tobacco Company*.

¹³⁷ Essa forma de controle da concorrência é bastante importante e a política de defesa da concorrência deve lançar esforços especialmente nesse contexto. Os estudos da matéria apontam para o fato de que mercados concentrados em que os agentes econômicos encontram-se em posição confortável na medida em que não enfrentam concorrência potencial significativa, e que não estejam engajados em concorrência via inovações, são mais inclinados à adoção de práticas anticompetitivas e à formação de cartel. Além disso, ao atacar possíveis processos de concentração estar-se-á agindo de forma preventiva revelando um processo menos custoso para o Estado ao contrário daqueles associados a constantes monitoramentos dos mercados para análise de condutas concertadas.

15.- Frise-se que o artigo 20 estabelece quais são as conseqüências que podem advir das práticas apontadas no artigo 21, ou seja, a partir das práticas condenáveis à luz desse artigo os agentes econômicos podem conseguir como resultado os pontos apresentados no artigo 20. Quanto ao artigo 21 é fundamental comentar que o mesmo tem apenas caráter exemplificativo não se esgotando em si mesmo, sendo possível, em uma análise antitruste, a identificação de outras práticas capazes de permitir a um agente econômico encontrar os resultados previstos no artigo 20. E as práticas anticoncorrenciais podem ser de natureza vertical (ao longo da cadeia produtiva) e de natureza horizontal (dentro do mesmo mercado) por parte de empresas que detenham Poder de Mercado.

DO MERCADO RELEVANTE E DO PODER DE MERCADO

16.- Dos pontos reveladores do caminho a ser trilhado para a análise de uma conduta supostamente considerada ilegal na matéria antitruste, uma em especial é extremamente cara ao argumento pretendido nesse trabalho: a análise do mercado relevante, em especial o mercado relevante material. A definição do mercado relevante, para depois apontar o mercado específico envolvido, é fundamental para a prática do controle antitruste seja na esfera repressiva, seja na esfera preventiva, sendo certo que conceituar, corretamente, a expressão “mercado relevante” é primar pelo reconhecimento da inescapável lição ensinada pelos tribunais e estudiosos da matéria em questão.

17.- Os melhores nomes na doutrina sobre a matéria reconhecem que o mercado relevante é elemento fundamental para a análise de condutas anticompetitivas de agentes econômicos. Sem sombra de dúvida pode-se afirmar que o mercado relevante é ponto nevrálgico para o exame de práticas anticompetitivas, uma vez que somente por força dessa análise é que se poderá determinar a existência de Poder de Mercado¹³⁸.

18.- E para consolidar a análise apresentada, convém citar, mais uma vez, a ilustre doutrinadora Paula A. Forgioni, em sua obra “Os Fundamentos do Antitruste”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, à página 200, em que afirma: “O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.”

¹³⁸ A questão de Poder de Mercado será comentada mais adiante.

19.- Contudo, um estudioso um pouco menos cuidadoso poderia não se ater à integralidade do referido texto, o que de certo é muito importante para se verificar a fundamental necessidade de se apresentar o real e inequívoco mercado relevante, a fim de se promover uma análise criteriosa de uma conduta considerada ilegal por aspecto anticompetitivo. Senão vejamos:

“O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do artigo 20 da Lei nº 8.884. A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da “concorrência”, para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la). O mesmo podemos dizer em relação ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante: são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante.” (O grifo é do original)

20.- A conceituação oferecida pela i. autora, quando trazida em sua totalidade, acaba por discrepar integralmente do raciocínio sobre definição do mercado relevante material quando da leitura parcial do texto. Com efeito, a lição acima transcrita, quando integral, remeterá o estudioso do direito antitruste à definição do mercado relevante material completamente diferente da pretendida quando de uma leitura parcial e sem compromisso. E isso, em um momento de análise antitruste pode fazer toda a diferença entre uma condenação e o reconhecimento da impossibilidade de uma conduta concertada.

21.- Assim, ainda que se pense em uma definição de mercado relevante de forma genérica e abstrata não se pode perder de vista que a identificação precisa do mercado analisado é ponto crucial para um reconhecimento criterioso capaz de concluir de maneira correta pela existência ou inexistência de condutas anticompetitivas, e apontar os seus patrocinadores. E a identificação precisa do mercado relevante material e geográfico passa pelo reconhecimento da possibilidade de substituição do produto, ou serviço, que se está analisando, como já nos ensinou Paula Forgioni.

22.- E análise do mercado relevante material, com a necessidade de se verificar o grau de substituição do produto, ou serviço, é também apontado por Fábio Ulhoa Coelho, em sua obra “Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei nº 8.884/94”, como imprescindível para que seja possível analisar condutas relativas à matéria concorrencial. Ao se ter leitura completa do texto comentado pode-se notar que a substituição do produto, ou serviço, é o cerne da questão para a identificação do mercado relevante. Diz o Autor:

“A delimitação material do mercado é feita a partir da perspectiva do consumidor. O mercado relevante abrange todos os produtos ou serviços pelos quais o consumidor poderia trocar, razoavelmente, o produto ou serviço acerca de cuja produção ou distribuição se pesquisa a ocorrência de infração contra a ordem econômica. Se a mercadoria ou o serviço pode ser perfeitamente substituído, de acordo com a avaliação do consumidor médio, por outros de igual qualidade, oferecidos na mesma localidade ou região, então o mercado relevante compreenderá também todos os outros produtos ou serviços potencialmente substitutos.

A definição geográfica e material do mercado relevante, portanto, apenas pode ser feita mediante análise casuística.” (O grifo é nosso)

23.- É de se notar da leitura da lição acima transcrita de forma completa que a substituição dos produtos revela-se condição precípua para a identificação correta de determinado mercado relevante. E não temos diferente posicionamento na doutrina internacional, conforme o ensinamento de Sullivan & Harrison in “Understanding Antitrust and Its Economic Implications”, Matthew Bender, 3ª edição, à página 30, quando afirma que:

“A defendant’s market share is its sales divided by the productive capacity of all the firms producing the same item and items that consumers regard as reasonable substitutes. This is labeled the “relevant market”. The relevant market has both a product and a geographic component. Thus, the product market is composed of products that are reasonably substitutable from the point of view of buyers. The geographic market is composed of all the suppliers of the relevant product who can, as a practical matter, offer their product to the same buyers.” (o grifo é nosso)

24.- Portanto, a análise do mercado relevante, especialmente o material, realizada de forma cuidadosa, é essencial para que se verifique se o agente econômico sob suspeita teria ou não motivação econômica para tentar implementar as condutas que lhes estão sendo atribuídas. É imprescindível que os órgãos que compõem o sistema de proteção à ordem econômica adotem os critérios de análise considerados como válidos e apropriados para a matéria, sob pena de, por erro de origem, excluir de punição, ou em via inversa, punir agentes econômicos não envolvidos com condutas anticompetitivas.

A ANÁLISE ANTITRUSTE E A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

25.- Na análise antitruste é preciso que seja identificada desde o primeiro momento uma razoabilidade econômica para os agentes econômicos investigados adotarem uma conduta concertada. Há de ser questionado inicialmente se as empresas supostamente prejudicadas pela atitude inadmissível dos entes investigados representariam concorrência aos seus produtos. E na esteira das provas apresentadas deverá ser demonstrado, por completo, a margem de market share, e se essa revela Poder de Mercado nos mercados em que participa, e se apresenta uma estabilidade que induza a pensar que a mesma seja praticante de condutas concertadas, com preços relativos rígidos, com capacidade absoluta de substituição de seus produtos com os demais agentes investigados. É verdade que em se tratando do mercado farmacêutico, objeto de análise no presente trabalho, coincidência entre mercados ocorrerá, e que é possível um agente econômico participar de mercados relevantes de outros agentes econômicos, sem, contudo, se eliminar, apesar desse raciocínio, o fato de que não sejam concorrentes importantes no segmento investigado.

26.- Portanto, a identificação e a análise do mercado relevante nos termos propostos pela doutrina, nacional e internacional, e da jurisprudência do CADE, obedecendo a uma lógica econômica e jurídica, deve ser aplicado no caso de investigação de condutas concertadas na área de medicamentos para que se possa identificar com exatidão, se existentes, os participantes de um mercado interessados, por sua vez, em barrar a entrada de produtos diferenciados no cenário farmacêutico.

27.- É evidente, entretanto, que para se perceber os interesses econômicos de cada um dos agentes econômicos envolvidos no setor farmacêutico, e até que ponto os mesmos poderiam estar envolvidos em ato

ilegal será sempre necessária uma verificação perfeita dos mercados relevantes envolvidos. De fato, o conceito de mercado relevante está diretamente ligado à identificação do Poder de Mercado. Isto porque o mercado relevante precisa ser delimitado, um lócus (produto/região) em que o Poder de Mercado possa ser exercido (hipoteticamente). E nesse aspecto socorre o raciocínio da já clássica definição estabelecida nos Horizontal Merger Guidelines do US/FTC/DoJ, 1992, adotada em todos os países aplicadores de Lei Antitruste que diz:

“...um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um pequeno mas significativo e não transitório aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”.

28.- Não existe a menor dúvida de que a delimitação do mercado relevante material deve-se pautar pelas características específicas da conduta analisada. Porém, esse entendimento não pode significar o abandono da forma de análise básica do mercado relevante que encontre a lógica econômica para a conduta investigada. Como se sabe, o mercado relevante deve ser definido de tal forma que o suposto exercício de Poder de Mercado, que no caso se busca reprimir, seja, antes de mais nada, logicamente possível. E o Poder de Mercado será exercido por aquele agente econômico que não encontra em seu segmento de atuação competição suficiente para inibir a sua capacidade de fixar preços de forma significativa e continuamente acima do nível competitivo.¹³⁹

¹³⁹ É importante notar que o Poder de Mercado não se expressa somente nos preços. Atendo-se as condutas anticompetitivas previstas no artigo 21 da Lei nº 8.884/94, o estudioso mais atento perceberá que em sua maioria as condutas condenadas não estão atreladas aos preços praticados. Essa definição é lançada devido a sua simplicidade e a capacidade de se reconhecer que quem pode elevar os preços além de um quadro competitivo, e de forma continuada, possui Poder de Mercado e pode exercê-lo por meio das formas mais variadas.

29.- É bem verdade que a definição do Poder de Mercado, após a identificação do mercado relevante, é fundamental para a análise antitruste e para apontar os agentes econômicos envolvidos em práticas colusivas. No entanto é importante salientar que em contraposição ao princípio da regra da razão se estabelece a regra per se segundo a qual diante de determinadas condutas anticompetitivas não será necessário a avaliação do Poder de Mercado tendo em vista que a tais condutas não apontam nenhuma possibilidade de benefício econômico, sob nenhuma circunstância. Nessas condições a conduta será condenada de forma incontestável sendo necessário tão somente que se encontre de forma clara e inquestionável os patrocinadores da conduta repugnante¹⁴⁰.

30.- Verificado o mercado relevante nos termos ensinados pela doutrina e pela jurisprudência então caberia analisar o Poder de Mercado dos agentes econômicos envolvidos. Estabelecer o mercado relevante, no caso de produtos medicamentosos, como sendo toda a indústria farmacêutica, e, portanto, em total descompasso com a melhor lição, espelharia um resultado desconectado com a realidade.

31.- A Indústria Farmacêutica não pode ser analisada de forma una. Isso porque simplesmente detém, dentro de seu universo, vários micros mercados que não interagem. Na verdade, na indústria farmacêutica a própria classe terapêutica é insuficiente para delimitar o mercado relevante, pois não é menos verdade que existem produtos dentro da mesma classe terapêutica que não podem ser substitutos entre si, pertencendo, assim, a diferentes mercados relevantes.

32.- Não é por menos que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem se posicionado no sentido de apontar os diversos mercados dentro da indústria farmacêutica. E esse entendimento está demonstrado em inúmeras de suas decisões das quais citamos as seguintes:

“Do Voto do Conselheiro-Relator, RENAULT DE FREITAS CASTRO:

“VII – DO MERCADO FARMACÊUTICO NO BRASIL

...(omissis)...

¹⁴⁰ Nesse caso, mais uma vez a análise do mercado relevante, e em especial o do segmento farmacêutico, é fundamental para que as empresas patrocinadoras de atos contrários à concorrência, e sujeitas a regra per se tal como o Cartel, sejam exemplarmente condenadas.

2. Para a definição de mercado relevante de produto, deve-se buscar determinar, na atividade de fabricação e comercialização de medicamentos, aqueles produtos concorrentes ou substitutos de cada uma das Empresas, ou, noutros termos, os produtos cujas características e finalidades se sobrepõem, diferentemente do que consideram a Federal Trade Commission-FTC e a Comissão das Comunidades Europeias – CCE, quando da análise da operação por essas Agências.

No caso da FTC, o mercado relevante foi definido como o de “pesquisa e desenvolvimento dos agonistas 5HT iD não-injetáveis” estes definidos como “a classe específica de remédios que se sabe atuam sobre os receptores no corpo humano, que são responsáveis pelas enxaquecas” (fl. ...). Isto por que, em suma, identificou-se naquela classe uma sobreposição de pesquisa e desenvolvimento entre a GLAXO e a WELLCOME. A operação foi aprovada com restrições que incluíram a venda, por uma das empresas, de ativos relacionados à aludida área de P&D, com o objetivo de manter a competição no mercado definido.

Já na CCE, o mercado relevante foi definido como incluindo, especificamente, as categorias de medicamentos antieméticos, antibióticos sistêmicos e de tratamento contra enxaqueca, consideradas comuns às empresas envolvidas, tendo a operação sido aprovada sem restrições (fl. ...).

3. A indústria farmacêutica é um bom exemplo para se demonstrar a importância da aplicação precisa do conceito de mercado relevante para uma adequada avaliação de fenômenos como o da concentração: a existência de medicamentos especificamente desenvolvidos para determinadas doenças, e o conseqüente grau de substituição extremamente baixo entre esses produtos, sugere a existência de muitos mercados a serem considerados individualmente. É que penicilinas não substituem hormônios que, por sua vez, não substituem antiulcerosos e assim sucessivamente.

Referência: Voto no ato de Concentração nº 36/95, de 23 de abril de 1997, Requerentes: Glaxo do Brasil S.A. e Laboratórios Wellcome-Zeneca Ltda. In DOU de 20 de maio de 1997, Seção I, pág. 10341.”

“Do Voto do Conselheiro-Relator, MARCELO CALLIARI:

“RELATÓRIO

(...)..

III – MERCADO RELEVANTE

O mercado farmacêutico conta com uma gama enorme de produtos, os quais possuem características e indicações bastantes distintas entre si.

A segmentação baseia-se na Classificação Terapêutica Anatômica (ATC), aceita pela Organização Mundial de Saúde e de acordo com a qual os produtos são classificados segundo a composição química e as propriedades terapêuticas de cada um. Foi utilizada a classe terapêutica de 3º nível. Cada conjunto de produtos obtido constitui, assim, um mercado relevante distinto. Referência: Voto no Ato de Concentração nº 08012.001554/99-65, de 7 de julho de 1999, Requerentes: Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. e ICN Farmacêuticos Ltda. In DOU de 27 de agosto de 1999.”

“Do Voto do Conselheiro do CADE, MÉRCIO FELSKY:

“A lei nº 8884/94, que estabelece o controle preventivo das estruturas no mercado e o controle repressivo das condutas anticoncorrenciais, envolve na sua aplicação o conceito de mercado relevante e o de posição dominante.

Para ser definido o mercado relevante de uma operação ou mercado relevante considerado na análise de uma conduta acusada de ser anticoncorrencial, deve-se observar a substitutibilidade do produto, principalmente no que se refere à substitutibilidade da demanda.

Tendo em vista a correta caracterização da existência de posição dominante que o Parágrafo 2º da Lei 8.884/94 identifica “quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante” é vital a definição do mercado relevante envolvido, sob pena de, na hipótese de o mercado relevante ser alargado demais, escamotear-se a real posição dominante do agente presente no cotidiano da atividade econômica.”

Referência: Voto na Averiguação Preliminar nº 08012.001288/99-43, de 8 de setembro de 1999, Representante: Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal e Representada: Rhodia Farma Ltda. In DOU de 08 de outubro de 1999, Seção 1.”

(grifos nossos)

33.- Vale acrescentar que a hipótese de definição de mercado relevante distante do lançado pela melhor doutrina, especialmente se referente ao mercado farmacêutico, revela-se bastante temerária, pois, conforme alertado pelo ilustre Conselheiro Mércio Felsky no voto acima transcrito, a definição de um mercado relevante por demais alargado pode ocultar empresas que realmente detêm Poder de Mercado, capazes, portanto, de adotar, isolada ou conjuntamente, condutas anticoncorrenciais.

34.- Diante do que se apresenta por meio da doutrina e da jurisprudência, a análise do mercado relevante material deve obedecer a critérios profundos, densos, sendo absolutamente necessário afastar-se qualquer tipo de critério superficial, bem como os de natureza política, para que não se perca de vista os reais objetivos da análise antitruste.

DAS BAIXAS BARREIRAS À ENTRADA NO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS MEDICAMENTOSOS

35.- Dentro dos elementos de análise antitruste encontramos a necessidade de verificar o nível de barreiras à entrada. E isso porque, após a identificação do mercado relevante, pode-se dizer que a utilização de medidas que apontem o nível de concentração de mercado e verifiquem o nível de barreiras à entrada são os principais meios para se auferir a extensão do Poder de Mercado¹⁴¹.

¹⁴¹ As barreiras à entrada tornam-se condição decisiva para a análise do Poder de Mercado na medida em que, por exemplo, caso não se exija para uma indústria a aplicação de valores irrecuperáveis (sunk costs) não será possível fixar preços acima do nível competitivo e de forma persistente porque haverá a tendência de surgir potenciais entrantes, o que redundaria em uma competitividade capaz de fazer retornar os preços ao seu nível competitivo.

36.- Quanto às barreiras à entrada no mercado farmacêutico, um estudo econômico pode apontar como sendo os distribuidores de medicamentos como o principal canal de efetiva participação nesse segmento¹⁴². Nesse sentido pode-se notar que o mercado de distribuição de medicamentos não apresenta barreiras à entrada significativas, podendo-se dizer que seria economicamente irracional buscar impedir, por meio de conduta concertada, que distribuidores trabalhassem com determinados laboratórios.

37.- Demonstra-se por meio de estudos econômicos na área farmacêutica que existem vários elementos que podem ser apontados para indicar a facilidade da entrada nesse mercado relevante de novos distribuidores de medicamentos. Cabe destacar, entre os diversos indicativos das facilidades da entrada no mercado de distribuição de medicamentos, os seguintes elementos:

- (i) a mão-de-obra e o know how necessários para criar e operar uma empresa de distribuição de medicamentos está disponível no mercado;
- (ii) não são exigidos ativos fixos especializados e/ou de alto valor unitário para realizar a distribuição de medicamentos;
- (iii) um novo distribuidor pode iniciar suas atividade com um escopo regional, o que reduz ainda mais os investimentos necessários e permite a implementação de uma estratégia gradual de crescimento, a partir da expansão para novas regiões; e
- (iv) empresas distribuidoras que já atuam em outras áreas – como produtos de limpeza e higiene, produtos de alimentação natural etc. – poderiam passar a distribuir medicamento com facilidade e rapidez.

38.- E ainda é possível afirmar que inexistente impedimento de natureza econômica para a atuação de distribuidores que apenas ofereçam certos tipos de produtos medicamentosos. Como se sabe a indústria farmacêutica trabalha

¹⁴² Deve-se lembrar que a classe médica também pode ser considerada, a partir da propaganda realizada pelos grandes laboratórios, como uma barreira à entrada se somente prescreverem uma determinada marca, ou substância química. Ocorre, porém, que essa não deve ser considerada uma barreira significativa na medida em que a demanda por produtos farmacêuticos exige a substituição para a continuidade do tratamento a partir da existência dos medicamentos genéricos.

com três tipos de medicamentos; a saber, medicamentos de referência, medicamentos similares e medicamentos genéricos. Assim sendo, certos distribuidores podem optar sobre qual segmento preferem atuar.

39.- Nesse ponto, pode-se apontar, por exemplo, diversos fatores para justificar a opção de determinado distribuidor somente trabalhar com medicamentos similares e genéricos, a saber:

- (i) baixa magnitude das economias de escala na distribuição;
- (ii) oportunidades de usufruir de economias de escopo ao comercializar outros produtos além de medicamentos; e
- (iii) possibilidade de uma atuação competitiva no mercado de distribuição mesmo com uma linha de produtos mais limitada (similares e genéricos).

40.- Merece ser considerada, ainda, a tendência do mercado mundial, que é a opção pelo medicamento genérico, sendo certo que no Brasil, este mercado está em crescimento acentuado. Vale destacar que o medicamento genérico surgiu em janeiro de 1999, por força da Lei nº 9.787, e hoje, decorridos pouco mais de quatro anos da implementação da conhecida política de genéricos, esse segmento já responde por 6,63% do mercado nacional de medicamentos (unidades).¹⁴³

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA RAZOABILIDADE NA MATÉRIA ANTITRUSTE

41.- A promulgação da Constituição de 1988 trouxe para o País, a reboque da tendência existente nos países de formação jurídica romano-germânica, um constitucionalismo moderno, uma reaproximação a princípios fundamentais para a dignidade humana.

42.- Os valores consagrados por toda a humanidade, e especialmente por certas sociedades, acabam por materializar-se em princípios que findam por serem lançados na Constituição, seja de forma explícita, seja de forma implícita. Dentre os mais antigos princípios que findaram por serem lançados no âmbito constitucional encontram-se os princípios da liberdade e da igualdade.

¹⁴³ Fonte IMS – janeiro 2003.

43.- Assim, vale dizer que os princípios constitucionais são agregados pelo ordenamento jurídico que traz para si valores maiores existentes em nossa sociedade. Nesse sentido, de acordo com a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira na obra “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 2ª ed, volume 1º, às páginas 41 e 42, obra citada por José Afonso da Silva em Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª edição, à página 85, “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

44.- Ademais, os princípios constitucionais se transformam em mecanismo capaz de possibilitar a uniformidade e a harmonia do sistema jurídico em que estão inseridos. A partir disso, pode-se entender os princípios constitucionais como elementos capazes de garantir a minimização de tensões normativas existentes no mesmo sistema jurídico.

45.- Nesses termos, pode-se dizer que a Constituição tende a ser um arcabouço jurídico que congrega princípios e regras, suscetíveis a influência de valores suprapositivos, baseados no ideal da justiça e no desempenho dos direitos fundamentais como segurança dos cidadãos.

46.- E o princípio da igualdade encontra-se inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no artigo 5º, caput, no qual se preceitua o seguinte:

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

47.- Em que pese a literalidade da Lei Maior no sentido de que a igualdade deve permear as relações sociais, é de senso comum, amparado pela melhor doutrina, que o tratamento igualitário passa pela necessidade de tratar desigualmente os desiguais. É bem verdade, entretanto, que não se pode pretender não equiparar as pessoas de forma aleatória e sem qualquer indício de razoabilidade¹⁴⁴.

¹⁴⁴ O princípio da isonomia tem uma estreita relação com o princípio da razoabilidade, conforme será demonstrado mais adiante.

48.- O princípio da razoabilidade surgiu a partir de práticas nos Tribunais Norte- Americanos que evoluíram do sistema do devido processo legal, garantido a questão processual, especialmente na esfera criminal, para o devido processo substantivo¹⁴⁵. Nesse processo, os juízes passaram acreditar na possibilidade e na necessidade de se fazer uma avaliação das condições das partes envolvidas na demanda e, portanto, de suas responsabilidades. De fato, a relação umbilical existente entre o princípio da igualdade e o princípio da razoabilidade está estampada na literatura internacional e na jurisprudência norte americana como nos apresenta Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em detalhado trabalho publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, sob o título “O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência Contemporânea das Cortes Norte- Americanas”, à página 116, quando comenta que “diversos acórdãos, por exemplo, tratam da equal protection clause, cláusula de isonomia extraída das 5^a e da 14^a Emendas, cotejando-a com a discricionariedade da Administração”.¹⁴⁶

49.- Assim, em uma análise antitruste¹⁴⁷ é preciso que se reconheça a distância econômica e comercial em relação aos agentes econômicos investigados e a relação de suas políticas econômicas com as acusações que

¹⁴⁵ Redlich Norman; Attanasio John; Goldstein K. Joel; in Understanding Constitutional Law, à página 190 esclarecem que: “Substantive due process is the concept that there are certain rights so fundamental to our traditions of justice that, no matter what procedural guarantees government affords, government cannot abridge those rights. The basis of substantive due process has generally been the “liberty” clause of Fourteenth Amendment (i.e. government would be violating a person’s liberty despite the procedural guarantees afforded). Substantive due process requires a broad reading of the word “liberty” in the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendment. This is the same substantive due process analysis that the Court uses today in such areas as privacy, birth control, and childbearing”.

¹⁴⁶ Equal protection clause deve ser entendida como cláusula capaz de garantir que nenhuma pessoa será discriminada, ou não será protegida pela lei, da mesma forma que outras pessoas em circunstâncias semelhantes.

¹⁴⁷ Isso porque a análise antitruste é o mecanismo utilizado pelas autoridades comprometidas com o mercado competitivo para a defesa da concorrência. Nesses termos, a análise antitruste é o mecanismo utilizado para a aplicação da lei da concorrência, pois é por meio dessa análise que se desvenda os elementos que comprometem o bem estar social (bem estar social aqui compreendido como aquele oferecido por meio de um mercado competitivo que almeja preços menores e produtos de melhor qualidade). E a possibilidade da aplicação dos princípios da isonomia e da razoabilidade estará comentada nos itens ulteriores.

lhes são imputadas. O princípio da igualdade deve ser aplicado no sentido de se reconhecer que uma empresa não está necessariamente em paridade com as demais existentes em seu segmento, não somente em relação ao seu poder financeiro, mas também no que diz respeito às suas relações comerciais, sendo exigível dos órgãos de proteção à concorrência o reconhecimento da necessidade de um tratamento desigual para os desiguais.

50.- De fato, a partir do aspecto econômico demonstrado na análise antitruste revelar-se-á o perfil dos agentes econômicos que são considerados os patrocinadores do suposto ato colusivo. Demonstrado pelo agente econômico a ausência de motivação para perpetuar um ato tendente à eliminação da concorrência o mesmo não deverá ser considerado causador de danos ao processo competitivo.

51.- Qualquer condenação na matéria antitruste, na esfera administrativa, que contrarie, conforme as razões acima apresentadas, o princípio constitucional da igualdade, que em face de sua natureza axiológica e da sua força normativa maior deve permear as decisões e os atos das pessoas que compõem uma sociedade, bem como os atos de seus representantes, deve ser revisto e rechaçado pelo Poder Judiciário.

52.- O Professor Luís Roberto Barroso, na obra intitulada “Temas de Direito Constitucional”, no artigo “Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro”, à página 159, ao tratar do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro, assim dispôs:

“Reproduzindo o conhecimento habitual, costuma-se afirmar que a isonomia traduz-se em igualdade na lei ordem dirigida ao legislador e perante a lei ordem dirigida ao aplicador da lei. Em seguida, é de praxe invocar-se a máxima aristotélica de que o princípio consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desiguam”. A beleza filosófica de tal asserto não contribui, todavia, para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e os desiguais e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual.

No direito positivo brasileiro, o princípio genérico da igualdade vem capitulado como direito individual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (CF, art. 5º, caput) e como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV). Nada obstante o tom peremptório dos dois preceptivos, de longa data se reconhece, inegavelmente, que legislar consiste em discriminar situações e classificar pessoas à luz dos mais diversificados critérios.

Aliás, a própria Lei Maior desequipara as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, entre outros. Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual.”

53.- Assim, ainda que se pense a imprescindibilidade da aplicação do princípio da isonomia, mister se faz conjugá-lo com o princípio da razoabilidade, restando, então, incontestável a necessidade de, privilegiando a igualdade entre agentes econômicos investigados, oportunizar-lhes um tratamento desigual, na medida em que podem ocupar posições jurídico-econômicas demasiadamente diferentes dentro do segmento de mercado em que atuam¹⁴⁸.

54.- O conhecimento jurídico nos leva a afirmar que o Princípio da Razoabilidade foi desenvolvido para estabelecer limites no poder discricionário, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito administrativo. E também não é menos certo afirmar, como lançado pelo ilustre autor acima mencionado, que o princípio da igualdade traduz-se em igualdade na lei ordem dirigida ao legislador e perante a lei ordem dirigida ao aplicador da lei. Portanto, ao aplicar uma determinada norma, a autoridade competente

¹⁴⁸ A análise do mercado relevante distanciada da que aponta a melhor doutrina e jurisprudência, além da literatura internacional, pode ocasionar de certos agentes econômicos serem avaliados de maneira uniforme sem terem as mesmas condições econômicas e operacionais. O resultado de uma análise equivocada seria exatamente a afronta aos princípios da igualdade e da razoabilidade na medida em que não se encontraria, no âmbito da análise antitruste, suficiente justificativa econômica para determinar a participação de uma certa empresa em uma conduta abusiva, ou a participação de uma certa empresa em uma conduta concertada, uma vez que a mesma possa ter interesses completamente diversos (em termos mercadológicos) das demais que compõem o grupo infrator.

deve estar atenta aos princípios da igualdade, em conformidade com uma certa razoabilidade quando necessária a aplicação do preceito de tratar os desiguais de forma desigual¹⁴⁹.

55.- Nesse sentido, também contribui José Afonso da Silva, na obra já comentada, na página 197, ao afirmar que:“(…)Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. (...)”. Portanto, a aplicação da norma de proteção à concorrência pelos órgãos competentes deve obedecer não somente aos critérios lançados pela regra específica, mas também deve atentar para os princípios constitucionais que devem nortear tanto o processo legislativo quanto a aplicação da legislação indicada.

CONCLUSÃO

A importância do controle da concorrência pelos órgãos governamentais é fundamental para a saúde do mercado, e, conseqüentemente, para a sociedade. Esse controle, com espeque na Constituição da República de 1988, deve contribuir para o alcance dos objetivos à que se propõe a análise antitruste, sem perder a sua função e deixando-se cair na tentação de oferecer decisões de teor político afastando-se do critério técnico.

De fato, a história do Brasil no que diz respeito ao mercado demonstra os inúmeros equívocos cometidos por variados governos, de todas as matizes, no que tange ao controle da concorrência. A Lei que criou o Conselho

¹⁴⁹ O Professor Luis Roberto Barroso, na obra citada no presente trabalho, aduz, à página 160, sobre artigo de sua lavra, escrito nos idos de 1985, sobre essa questão da seguinte forma: “Parece-me, contudo, que a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados. (...)Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de proporcionalidade.”

Administrativo de Defesa Econômica, que data do ano de 1962, era bastante excipiente na medida em que não previa o controle estrutural do mercado e cingia-se a mera função de controlador de preços.

Como se sabe a análise econômica do mercado é bem mais complexa do que a simples avaliação de preços. O atual conhecimento das questões econômicas e o desenvolvimento do conhecimento de política industrial certamente permitem aos órgãos de defesa da concorrência um controle significativo do comportamento dos agentes econômicos nos seus respectivos mercados relevantes. Certamente, independentemente das correntes políticas que dominem o Brasil, os governantes não podem perder de vista que a defesa da concorrência deve ocorrer de acordo com os pressupostos estampados na Constituição de 1988, bem como com os princípios estampados na Lei Antitruste de 1994.

Retornar ao período em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica era utilizado somente para controlar preço, ou mesmo para servir de palanque a políticas imediatas, seria um retrocesso com perdas inestimáveis para o avanço de nossa sociedade. O Conselho Administrativo, bem como os órgãos que o socorre na condução da proteção ao mercado competitivo, especialmente a Secretaria de Direito Econômico, devem ser prestigiados com material humano e financeiro para que possam exercer condignamente as suas funções e contribuir para o desenvolvimento das práticas mercadológicas e para a segurança dos investimentos realizados pelos agentes econômicos. A estabilidade desses órgãos e a sua atenção voltada para o controle estrutural e comportamental, analisando e impedindo ganhos de Poder Econômico decorrentes de concentração de mercado, e analisando e punindo condutas concertadas (como cartel) impedirá que fiquem sujeitos a pressão política para realizar condenações que não estejam amparadas em análise técnica rigorosa e afastadas dos princípios constitucionais consagrados na Carta de 1988.

