

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO
volume 1 nº 4

CADERNO DE TEXTOS

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 8722609/2636748
Fax.: (011) 8722609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Carlos Francisco de Magalhães

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Alberto Venâncio Filho, José Del Chiaro F. da Rosa, José
Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio
Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria.

A REVISTADO IBRAC está aberta a colaborações tanto acadêmicas como não acadêmicas , que sejam de interesse para o desenvolvimento das relações de concorrência e consumo. Textos em língua estrangeira ou traduções poderão se aceitos, a critério da Redação.

Catalogação

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial /
Legislação de Defesa da Concorrência.

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL.....	5
José Matias Pereira	
APURAÇÃO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA.....	21
Carlos Eduardo Vieira de Carvalho	
INTEGRAÇÃO DE EMPRESAS: CONCENTRAÇÃO, EFICIÊNCIA E CONTROLE.....	49
Neide Teresinha Malard	

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

José Matias Pereira^(*)

Brasília - DF 1994

Apresentação

I - Introdução

II - Coordenação de Políticas Macroeconômicas

III - A Defesa da Concorrência na União Européia

IV - A Defesa da Concorrência no Mercosul

V - Conclusão

VI - Projeto de protocolo de defesa da concorrência no Mercosul

Bibliografia

(*) JOSÉ MATIAS PEREIRA, 43 anos, é advogado e economista. Mestre pela Universidade de Brasília - UnB. Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. Exerce o mandato de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, do Ministério da Justiça. Representante do Brasil na Comissão de Defesa da Concorrência do Mercosul.

APRESENTAÇÃO

Mercado Comum do Sul (Mercosul), não deve ser entendido como uma organização internacional consolidada, considerando que ainda se encontra numa fase de transição.

Esse estágio de transição está de acordo com o fenômeno de organizações internacionais que buscam se aperfeiçoar no tempo, especialmente no campo da integração econômica regional.

O trabalho aqui apresentado é o produto de pesquisa e troca de opiniões desenvolvidas com inúmeras pessoas, cujas idéias permeiam quase todas as páginas. A todas elas sou extremamente grato, e de maneira especial, aos Conselheiros do CADE, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho e Neide Teresinha Malard.

Assim, o presente estudo sobre "Defesa da Concorrência no Mercosul" apresenta-se como uma contribuição, para estimular o debate sobre esse importante e complexo tema.

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

1 - INTRODUÇÃO

Creio necessário, antes de defender a necessidade da aprovação de um acordo de "Defesa da Concorrência no Mercosul", destacar alguns aspectos relevantes do Tratado para a constituição do Mercado Comum do Sul (Mercosul), firmado pelos governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, na cidade de Assunção, Paraguai, no dia 26 de março de 1991.

O Mercosul não deve ser entendido como uma organização internacional consolidada, visto que se encontra num estágio de transição. Deverá ter suas estruturas decisórias e a suas instituições definidas, a partir de janeiro de 1995, conforme previsto nos artigos 1º e 18 do referido Tratado. Esse estágio de transição está de acordo com o fenômeno de organizações internacionais que buscam se aperfeiçoar no tempo, especialmente no campo da integração econômica regional. O melhor exemplo é o caso da Europa, que nasceu com a instituição do Tratado de Paris em 1951, que criou a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, CECA, à qual se agregaram a Comunidade Econômica Européia - CEE, e a Comunidade Européia de Energia Atômica - EUROTON, instituídas pelo Tratado de Roma, de 1957, aglutinando gradualmente seus órgãos originários, em órgãos comuns (Tratado de Fusão, de 1967), com a denominação de Comunidade Européia (ou Europa dos Doze), sendo posteriormente rebatizada de Comunidade Européia (através do Ato Único Europeu, de 1987), para finalmente, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, em 1992, denominar-se União Européia.

O Tratado que instituiu o Mercosul, deve-se destacar, tem como objetivos principais a inserção mais competitiva das economias dos quatro países num mundo em que se consolidam grandes blocos econômicos e onde o progresso tecnológico se torna cada vez mais essencial para o êxito dos planos de desenvolvimento. Visa também favorecer economias de escala, reforçando as possibilidades, além de estimular os membros com o incremento de produtividade, além de estimular os fluxos de comércio com o resto do mundo, tornando mais atraentes os investimentos na região. Nesse sentido, não se trata de reproduzir, num plano regional uma política de substituição de importações.

Busca ainda promover esforços de abertura nas economias dos quatro países, que deverão conduzir à integração gradual da América Latina,

bem como balizar as ações dos setores privados e da sociedade como um todo, que deverão ser os principais agentes do processo de integração.

Tem o Mercosul como características primordiais a livre circulação de bens e serviços e de fatores produtivos entre os países; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamento de Estados e a coordenação de posições em foros econômicos-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transporte e comunicações, entre outras.

Dos instrumentos adotados pelo "Tratado de Assunção", sobressai o programa de liberação comercial, que visa alcançar reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os países, para chegar a uma tarifa zero sobre a totalidade do universo tarifário.

Na fase atual, deve-se ressaltar, o Mercosul - que não possui personalidade internacional - deve ser definido como um processo, que vem sendo conduzido por duas instituições transitórias, o Conselho do Mercado Comum e o Grupo do Mercado Comum, auxiliado por uma Secretaria Administrativa. Esses dois órgãos transitórios (visto que assim foram definidos pelo Tratado de Assunção, que, igualmente se define transitório), apesar de possuírem uma certa organicidade, não devem ser entendidos como uma pessoa jurídica de Direito Público Internacional.

Pode-se perceber que, para que ocorra com sucesso a fase de transição, será necessário resolver a questão da tarifa externa comum e a definição do modelo institucional do Mercosul.

Quanto a institucionalização definitiva do Mercosul, está claro que a sua estrutura só deverá ocorrer a médio prazo. Isto porque a entrada em operação dos órgãos que comporão a sua estrutura institucional estará sujeita aos avanços logrados no final do período de transição, que está ocorrendo de forma segura e gradual. Quanto aos órgãos intergovernamentais que eventualmente venham a substituir o Conselho do Mercado Comum e o Grupo do Mercado Comum, creio recomendável que mantenham as mesmas características desses. Isto porque o fenômeno da integração do Mercosul implica em uma gradualidade com vista à instituição definitiva de órgãos decisórios e legisladores, cuja função, no futuro, terá o poder de alterar os procedimentos para consolidar a integração.

O processo de integração do Mercosul está superando a fase de uma zona de livre comércio para entrar no estágio seguinte - a união aduaneira -

onde cerca de 85% das tarifas já foram harmonizadas e os 15% restantes convergirão num prazo de dez anos (sendo que em cinco anos mais 5% delas e em dez anos os 10% restantes). Busca assim o Mercosul, no campo da integração econômica regional, tornar-se uma união aduaneira, com tarifas externas comuns e política externa comum, onde se pretende, venha haver liberdade de movimentação dos fatores de produção, a exemplo do que ocorre na União Européia.

Caso prevaleçam os pressupostos de que continuará havendo confiança recíproca entre os Estados Partes, determinação política, crescente envolvimento empresarial e de outros segmentos da sociedade civil, bem como o constante ajustamento macroeconômico e coordenação de políticas macroeconômicas, o processo de integração do Mercosul se tornará irreversível. Entendo que essa consolidação irá facilitar, no futuro, caso venha a ser do interesse dos países membros, uma negociação de adesão, em bloco, dos integrantes do Mercosul ao Acordo Norte-Americano de Livre Comércio - NAFTA, composto pelo Canadá, Estados Unidos da América e México.

Nesse sentido, ainda, é importante o estabelecimento de entendimentos dos países membros do Mercosul com a União Européia, com vista a negociar um tratado para a formação de uma associação inter-regional de comércio, especialmente nos setores industrial e de serviços, cooperação científica e tecnológica, meio ambiente, transferência de capital, defesa da concorrência, entre outros, considerando os interesses recíprocos que existem atualmente, e que tenderão a aumentar gradativamente entre ambos.

II - COORDENAÇÃO DE POLÍTICAS MACROECONÔMICAS

No que diz respeito à coordenação de políticas macroeconômicas do Mercosul, as atividades nessa área vêm se realizando gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias. Esse esforço busca assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes e a evitar que eventuais descompassos nas políticas dos países membros favoreçam ou prejudiquem artificialmente a competitividade de bens e serviços. É nesse contexto que se torna imprescindível assegurar as condições adequadas de concorrência e o livre acesso ao mercado no âmbito do Mercosul.

Em relação à promoção da harmonização da legislação antitruste dos países membros do Mercosul, faz-se necessário registrar, na busca de um paradigma, que a União Européia não se submeteu, ainda, a um processo de harmonização. Observe-se, porém, que no "Tratado de Roma", e de forma

específica, nos seus artigos 85 a 90, foram estabelecidos os referenciais básicos de defesa da concorrência nos países da UE. É importante observar que a própria natureza econômica do direito de defesa à concorrência, que está ocorrendo a nível internacional, já conduz a uma harmonização natural. No tocante à matéria substantiva, pode-se constatar que o direito antitruste do Brasil, da Argentina, da Alemanha ou dos Estados Unidos da América, exceto na parte processual, possuem poucas diferenças.

III - A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPÉIA

Deve-se observar que no texto deste trabalho, várias são as referências a legislação da União Européia sobre concorrência, contida nos artigos 85 a 90, do Tratado de Roma. Creio necessário fazer algumas considerações sobre a mesma.

Diretamente aplicáveis em todo o território da UE, as regras européias sobre concorrência aplicam-se aos casos em que exista efeito sobre o comércio entre Estados Membros.

O artigo 85 proíbe acordos que possam afetar o comércio entre os Estados Membros e que tenham como objeto ou efeito produzir um impedimento, restrição ou distorção na concorrência no interior do Mercado Comum. Isso inclui, de modo particular, fixação de preços, divisão do mercado, restrição de produção ou de desenvolvimento tecnológico, bem como a imposição de condições discriminatórias de fornecimento ou quaisquer outros condicionamentos não razoáveis. Tais acordos são automaticamente inválidos, a menos que tenham sido objeto de uma isenção pela Comissão Européia, órgão executivo da UE.

Essas isenções, previstas no artigo 85, parágrafo 3, que têm como fonte de inspiração a forma de aplicação da "regra da razão" norte-americana, só poderão ser outorgadas, se o acordo contribuir para a produção, distribuição, ou progresso econômico, ao mesmo tempo que permita aos consumidores uma participação razoável nos benefícios e concomitantemente não imponha quaisquer restrições indispensáveis ou suscite a possibilidade de eliminar a concorrência. A Comissão pode conceder uma isenção individual a um acordo, caso este tenha sido notificado, assim como pode também conceder isenção em bloco para certas categorias de acordo.

O artigo 86 proíbe o abuso de uma posição dominante, na medida em que ela possa afetar o comércio entre os Estados Membros. O referido artigo contém uma lista não excludente de práticas que poderiam ser consideradas como constituindo abusos, tais como a imposição de preços desleais da compra e venda, ou outras condições comerciais desleais.

Em relação aos atos de concentração o Regulamento Europeu de Controle de Fusões, de 21 de setembro de 1990, prevê que a Comissão Européia controlará as fusões que tenham dimensão comunitária. Isso é definida como uma fusão em que as partes tenham um faturamento mundial global que exceda 5 bilhões de ECU, e em que pelo menos uma das partes detenha um faturamento comunitário superior a 250 milhões de ECU, a menos que dava um dos empreendimentos alcance mais do que dois terços de seu faturamento em um único Estado Membro. Regras especiais aplicam-se a instituições bancárias, financeiras e seguradoras. Qualquer fusão dentro deste patamar tem de ser pré-notificada à Comissão Européia dentro de uma semana.

Nas seções 2 e 3, das regras da concorrência do Tratado de Roma, estão contidas as práticas de dumping (artigo 91), e os auxílios concedidos pelos Estados Membros (artigo 92), fora, portanto, conforme citado anteriormente, de âmbito da legislação da União Européia sobre concorrência, que trata da matéria nos artigos 85 a 90 do referido Tratado.

IV - A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

Torna-se recomendável observar, antes de entrar no mérito da questão da defesa da concorrência no Mercosul, que qualquer processo de integração tem o sentido da construção de um futuro comum. Busca-se, dessa forma, assegurar uma união que venha a permitir soluções criativas, notadamente no campo econômico, com reflexos no social e no político. Deve ser entendida como a forma de diminuir as distâncias entre os povos e os Estados Partes, através da consolidação de um esforço cooperativo, que resulte em vantagens efetivas para as economias dos países participantes dessa integração.

Diante desse entendimento, fica evidente que o processo de integração econômica internacional é um projeto reconhecidamente complexo, considerando que envolve questões de livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Cinco são as fases que deverão ser superadas, para que ocorra a referida integração econômica, que vai desde a criação de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica, até alcançar a união econômica e monetária.

Assim, a partir dos estágios iniciais da integração econômica regional, torna-se necessária a existência de instrumentos de defesa da concorrência. Isto porque a "defesa da concorrência" tem como objetivo garantir e defender a liberdade dos mercados dos países membros, mediante a

proibição de atos e práticas comerciais que possam impedir, restringir ou prejudicar a livre concorrência.

Feitas essas considerações, registre-se que o "Tratado de Assunção" não incluiu no seu texto, como no caso europeu (artigo 85 a 90, do Tratado de Roma), a questão da defesa da concorrência, razão pela qual entendo que se criou a necessidade da aprovação de um instrumento para garantir, como mencionado anteriormente, a liberdade dos mercados dos Estados Partes.

Não se deve esquecer, porém, que o acordo a ser aprovado deve ser compatível com os objetivos traçados no "Tratado de Assunção", considerando a necessidade de assegurar as condições adequadas de concorrência entre os países membros.

Partindo-se do entendimento de que a união dos quatro mercados nacionais requer que as atividades econômicas sejam exercidas sob as mesmas condições de liberdade e igualdade jurídica, em todos os Estados Partes, deve o acordo afirmar a proibição de acordos colusórios entre empresas, que tenham por objeto ou como efeito impedir, restringir ou prejudicar a concorrência em todo ou em parte substancial do Mercosul.

É importante cuidar-se, também, nesse diploma, de evitar que agentes econômicos que detenham posição dominante num dos mercados nacionais utilize sua condição privilegiada, em prejuízo da concorrência.

Deve o acordo atentar para a questão da concentração econômica, manifestada sob qualquer forma, que importe em efeitos para o mercado concorrencial.

Com relação a questão dos monopólios, vale observar que o princípio do monopólio legal, no interesse comum e benefício do Estado, tem tratamento favorecido na Constituição Federal do Brasil. A inclusão de um artigo específico no acordo, estabelecendo que as empresas governamentais que exerçam atividade sob regime de monopólio legal estão sujeitas às regras de concorrência no Mercosul, creio inadequado. Os monopólios em questão, bem como as empresas governamentais, no que se refere a condutas específicas, objeto de leis especiais, não poderiam ficar submetidas às regras do acordo ora defendido.

Dessa forma, a Constituição brasileira indica que cabe à União a exploração, diretamente ou mediante concessão, dos serviços públicos de telecomunicações, os quais são concedidos apenas a empresas sob controle acionário estatal, e ainda da difusão audiovisual, de transporte ferroviário e aquaviário, rodoviário interestadual e internacional de passageiros bem como dos portos marítimos, fluviais e lacustres.

O artigo 177 da Constituição do Brasil coloca sob o monopólio da União a exploração de petróleo e seus derivados, proibindo, ao mesmo tempo, a concessão de qualquer participação nessa exploração (contrato de risco).

Diante desses aspectos, tal regime de intervenção estabelecido não proporciona nenhuma integracionista, nem possibilita um regime preferencial que desse vantagens aos estabelecimento de empresas dos países contíguos com os quais se busca criar um mercado comum, senão levantados os obstáculos de natureza constitucional.

Assim, embora a própria Constituição Federal abrigue, entre os princípios gerais da atividade econômica, o da livre concorrência, em que qualquer um tem a liberdade de atuar no mercado, independentemente de autorização de órgãos públicos, estabeleceu exceções que se justificam pela necessidade do atendimento ao interesse social ou da segurança coletiva.

Por sua vez, os compromissos de concessão de subsídios, diretos e indiretos, por parte dos Estados membros do Mercosul, estão devidamente regulamentados no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), e em especial dos acordos incorporados à Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais, concluída em 15 de dezembro de 1993.

Em relação à prática de dumping intra-Mercosul, o mais recomendável seria a inclusão da matéria no texto do acordo como prática de preços predatórios, vedando aos agentes econômicos utilizar-se de posição dominante para, em todo ou parte substancial do Mercado Comum, praticar condutas que prejudiquem a concorrência.

CONCLUSÃO

Assim, com base nos argumentos técnicos expostos, creio inadequada a inclusão no texto de um acordo de defesa da concorrência no Mercosul a questão dos monopólios legais, considerando os obstáculos de natureza constitucional existente na Constituição do Brasil, bem como os temas subsídios e dumping, visto que não são matérias afetas a uma legislação sobre concorrência.

Creio necessário reafirmar que a proposta de acordo está formulada como estatuto comum aos Estados Partes do Mercosul. Todavia, diante da indefinição do modelo institucional do Mercosul, e da ausência de órgãos supranacionais para legislar e julgar os casos de infração à concorrência, recomenda-se que o controle dos atos de concentração seja feito pelos órgãos nacionais competentes de acordo com a legislação doméstica, fixando-se como tal a participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado

relevante de bens e serviço, medida adotada pela legislação brasileira, para registro obrigatório daqueles atos.

Ao concluir, vale ressaltar que não se chega a uma integração sem compromissos efetivos, razão pela qual creio oportuna a aprovação de acordo, nos termos proposto a seguir, sob a forma de protocolo de defesa da concorrência, como medida necessária, para evitar que ocorram atos e práticas comerciais que possam impedir, restringir ou prejudicar a livre concorrência no Mercosul.

PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO COMUM DO SUL - MERCOSUL

A República Argentina, a república Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominadas "Estados Partes",

CONSIDERANDO:

Que o Mercado Comum implica a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes, sendo imprescindível assegurar as condições adequadas de concorrência;

Que as atividades econômicas devem ser exercidas nas mesmas condições de liberdade e igualdade jurídica;

Que o presente Protocolo deve conter as regras de que se valerão os Estados Partes e as empresas para a defesa da concorrência no Mercado Comum; e

A necessidade de se garantir a liberdade de concorrência e o livre acesso no âmbito do Mercado Comum.

ACORDAM:

CAPÍTULO I: Objeto e Âmbito de Aplicação

Art. 1º. O presente Protocolo tem por objeto a defesa da concorrência e o livre acesso ao mercado no âmbito do Mercado Comum.

Art. 2º. Em matéria de concorrência, as empresas governamentais ou com participação estatal que explorem atividade não monopolística terão idêntico tratamento ao conferido às empresas privadas.

CAPÍTULO II: Das Práticas Restritivas da Concorrência

Primeira Seção: Dos Acordos Colusórios

Art. 3º. São proibidos os acordos e as práticas concertadas entre os agentes econômicos e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou por efeito, impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado para a produção, processamento, distribuição e

comercialização de bens e serviços, em todo ou em parte do Mercado Comum, que possam afetar o comércio entre os Estados Partes, tais como:

I) fixar, direta ou indiretamente, os preços de compra ou de venda, bem como quaisquer outras condições para a produção ou comercialização de bens ou serviços;

II) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento tecnológico ou investimentos;

III) dividir mercados de bens ou serviços ou fontes de suprimento de matéria prima ou insumos;

IV) acordar ou coordenar ações em concursos, leilões ou licitações públicas;

V) adotar, em relação a parceiros comerciais, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência;

VI) subordinar a celebração de contratos ou a realização de negócios à aceitação de prestações suplementares que, pela própria natureza ou pelos usos comerciais, não tenham relação com o objeto do contrato ou do negócio;

VII) exercer pressão sobre cliente ou fornecedor, com o propósito de dissuadi-lo de determinada conduta, aplicar-lhe represália ou obrigá-lo a agir em determinado sentido.

Segunda Seção: Do Abuso de Posição Dominante

Art.4º. É vedado aos agentes econômicos utilizar-se de posição dominante para, em todo ou parte substancial do Mercado Comum, praticar condutas que prejudiquem a concorrência.

Parágrafo único. O abuso de posição dominante poderá consistir, dentre outras, nas seguintes condutas:

a) impor, direta ou indiretamente, preços de compra ou venda ou condições de transação não eqüitativas;

b) restringir, de modo injustificado, a produção, a distribuição e o desenvolvimento tecnológico, em prejuízo das empresas ou dos consumidores;

c) aplicar a terceiros contratantes, condições desiguais em caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência;

e) subordinar a celebração de contrato à aceitação, por parte do outro contratante, de prestações suplementares que, por sua natureza, ou de acordo com os usos comerciais, não tenham relação com o objeto do contrato;

f) recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviços;

g) condicionar as transações, injustificadamente, ou de modo a não fundado nos usos, costumes ou práticas comerciais, à não utilização, aquisição, venda, distribuição ou submissão de bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por terceiro;

h) vender bens ou prestar serviços a preços inferiores ao seu custo, com a finalidade de eliminar a concorrência no mercado.

Terceira Seção: Dos Atos de Concentração

Art. 5º. Os Estados Partes adotarão na legislação nacional o controle dos atos e acordos que resultem na concentração econômica, entendido como tal a participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante de bens ou serviços e de quaisquer atos ou acordos que possam produzir efeitos anticoncorrenciais em todo ou em parte do Mercado Comum.

CAPÍTULO III: Consultas e Soluções de Controvérsias

Art. 6º. Os Estados Partes cooperarão entre si e com a Comissão de Comércio do Mercado Comum no sentido de assegurar o cumprimento oportuno e adequado das normas, procedimentos e ações que forem estabelecidas em matéria de defesa da concorrência e do livre acesso ao mercado. Os mecanismos de cooperação poderão consistir no intercâmbio de informações, consultas, assessorias, cooperação técnica e outros que sejam convenientes.

Art. 7º. Com objetivo de prevenir eventuais causas anticompetitivas descritas nos artigos 3º e 4º, os Estados Partes elegerão, por intermédio da , mecanismos de coordenação entre as respectivas autoridades encarregadas da aplicação das leis nacionais de defesa da concorrência.

Art. 8º. A Comissão de Comércio do Mercado Comum zelará pela aplicação do presente Protocolo.

Art. 9º. As questões levantadas pelos Estados Partes sobre a aplicação do presente Protocolo deverão ser submetidas à Comissão de Comércio do Mercado Comum. Se no âmbito da Comissão não for obtido o consenso ou se a controvérsia for solucionada apenas em parte, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no Sistema de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum do Sul.

CAPÍTULO IV - Disposições gerais

Art. 10. O presente Protocolo, entrará em vigor (30) trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratifiquem.

Para os demais signatários, entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, e em ordem em que foram depositadas as ratificações.

Art. 11. A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará "ipso iure", a adesão ao presente Protocolo.

Art. 12. O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação, e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados Partes.

Da mesma maneira, o Governo da República do Paraguai notificará aos Governos dos demais Estados Partes a data de entrada em vigor do presente Protocolo e a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito na cidade de , aos dias do mês de 1994, em um original, nos idiomas espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA ARGENTINA

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA DO PARAGUAI

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Solução de Controvérsia no Mercosul: O Protocolo de Brasília ao Tratado de Assunção. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Vol. XLV, nº 77/78, jan./jun./1992.

BARBOSA, Rubens Antônio. América Latina em Perspectiva: a integração da retórica à realidade. Edições Aduaneira, São Paulo, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1986.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. A Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência. Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE. Brasília, 12 a 16/09/94.

COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE. Brasília, 12 a 16/09/94.

DAWSON, Frank Griffith. Regime da integração de empresas da Comunidade Européia. Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE. Brasília, 12 a 16/09/94.

FARIA, Werter R. Constituição Econômica. Liberdade de iniciativa e concorrência. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990.

FAUNDEZ, Júlio. Jurisdição Internacional e concorrência - Do confronto à harmonização. Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE. Brasília, 12 a 16/09/94.

FERRAZ, Tércio Sampaio. O conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre o abuso do poder econômico. Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE. Brasília, 12 a 16/09/94.

GATT. Rodada de Negociações Comerciais Multilaterais (Ata Final da Rodada do Uruguai, concluída em 15.12.93). Câmara dos deputados. Mensagem nº 408/94, do Poder Executivo.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e crítica. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1990.

MALARD, Neide Teresinha. Integração de Empresas: Concentração, Eficiência e Controle. Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE. Brasília, 12 a 16/09/94.

MATIAS PEREIRA, José. Os Direitos e Interesses do Consumidor. Fundamentos, Interpretação e Crítica. CADE, BRASÍLIA, 1994.

REALE, Miguel. Aplicações da Constituição de 1988. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1991.

SHIEBER, Benjamin. Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EE.UU. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1966.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores, 9ª ed., São Paulo, 1993.

TRATADO de Roma, 1957.

TRATADO de Maastricht, 1992.

TRATADO de Assunção, 1991.

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

APURAÇÃO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho^(**)

Sumário

1.0. Introdução

2.0. A fundamentação constitucional da defesa da concorrência no Brasil

3.0. A apuração de práticas restritivas da concorrência na legislação infraconstitucional: procedimento administrativo

4.0. Alguns balizamentos essenciais a serem observados na realização dessa tarefa

5.0. Uma análise de recentes julgados do CADE, considerada a instrução processual conduzida pela Secretaria de Direito Econômico - SDE

6.0. Conclusão

Referências Bibliográficas

^(**) O autor é Conselheiro do CADE, Mestre em "Direito e Estado" e Professor de Direito Administrativo na Universidade de Brasília.

1.0 Introdução

A Constituição brasileira de 1988, ao instituir um Estado Democrático de Direito, ampliou de forma significativa os direitos do cidadão, acrescentando ao elenco das liberdades individuais, os direitos políticos e sociais, a par da proteção conferida aos direitos coletivos e difusos.

Em um tal contexto, na fase histórica que sucede à sua promulgação, cumpre aqui referir à "tarefa realizadora" da Constituição, de que nos fala GOMES CANOTILHO, a dignificar a necessidade de se tornarem operativos e juridicamente eficazes os seus preceitos.(1)

Enfocando especificamente o Título concernente à Ordem Econômica e Financeira, constata-se que a nossa Carta determinou, como norma de caráter instrumental, a repressão ao abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência, ao aumento arbitrário de lucros.

Cumpra, pois, ao Administrador Público - eis que satisfeito o requisito constitucional da mediação legislativa - tornar eficaz tal preceito, um mecanismo de proteção à livre iniciativa, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, complementado pelo princípio da livre concorrência.

Por certo, em nenhum momento da instrução processual se poderá deixar de assegurar ao agente econômico, cuja eventual conduta anticoncorrencial se investiga, as garantias da ampla defesa e do contraditório, que uma Constituição democrática exige, e, de outra parte, se terá sempre como inafastável referência, que o que visa é a proteção do mercado - o "espaço" em que se quer afirmada uma concorrência livre - como o bem juridicamente protegido, e do qual é titular a coletividade, no exercício pleno de direitos difusos constitucionalmente assegurados.

Assim considerando, procurar-se-á, no desenvolvimento deste trabalho, a partir dos fundamentos constitucionais que regem a matéria e à luz dos dispositivos abrigados na legislação infraconstitucional, identificar uma forma adequada de conduzir o processo apuratório das práticas anticoncorrenciais. Para tal mister, serão enfatizados alguns parâmetros essenciais a serem observados na realização dessa tarefa, trazendo à colação recentes julgados CADE, a demonstrar que o sempre necessário aprimoramento das decisões a cargo desse Colegiado depende, essencialmente, da boa qualidade técnica da instrução processual, uma atribuição da secretaria de Direito Econômico O SDE, do Ministério da Justiça.

2.0 A fundamentação constitucional da defesa da concorrência no Brasil

O nosso Texto constitucional distingue, claramente, a prestação de serviços públicos, da exploração de atividades econômicas, pelo Estado.

Por certo que, tendo-se em vista a opção capitalista do constituinte de 1988, a exploração estatal de atividades econômicas só se fará em situações excepcionais e constitucionalmente delimitadas; já a prestação de serviços públicos compete, como um inafastável dever, ao Estado, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão.

Em um tal contexto, a livre concorrência está configurada no artigo 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Trata-se, aí, como assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA, de uma "manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência, ao aumento arbitrário dos lucros (§ 4º do artigo 173)" (2)

A prática abusiva do poder econômico, o seu uso anti-social, é o que a Constituição condena, e, ao assim fazer, considera tal prática como causa justificadora da atuação interventiva indireta do Estado na economia, uma atuação que se dará - enfatize-se - em favor da livre concorrência, da não dominação dos mercados, evitando-se que uma empresa fique, como ressalta PONTES DE MIRANDA - "em situação de poder impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas". (3)

Sob essa perspectiva, a ação do estado não se fará, no caso, para dirimir questões surgidas entre empresas privadas, sem repercussão no mercado, eis que é esta uma matéria da exclusiva competência da Justiça comum, sempre inafastável; ou para garantir inaceitáveis privilégios a empresas ou grupos de empresas, e, nem mesmo, para defender os interesses da União, ou de outra pessoa jurídica de direito público interno, ou, ainda, para assegurar a execução de determinada política econômica do Governo.

Isto porque, como se disse, o bem juridicamente protegido é a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, o mercado. Atua o Estado como mandatário de toda a sociedade, na tarefa de restaurar a ordem jurídica atingida pela prática econômica abusiva.

A esta altura, e ainda que em breve referência, é preciso que se faça uma reflexão sobre a ordem econômica do novo Estado Democrático de Direito, e de como ela se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Cabe então referir que, hoje, não se quer mais o liberalismo da primeira fase do Estado de Direito, caracterizado por um individualismo sem freios, a se manifestar perante um Estado intencionalmente absenteísta, na verdade mais voltado ao atendimento das exigências de uma burguesia recém-instalada, do que as de todos os corpos sociais, e que, detentora do poder econômico, em um primeiro momento, "logo se assenhoreou, também, do poder político, fazendo do Estado e das leis, simples instrumentos de realização/legitimação da sua ideologia", ressalta INOCÊNCIO MARTIRES COELHO. (4)

Afirma SYLVIA ZANELLA que, em um tal contexto, "as grandes empresas vão se transformando em grandes monopólios e aniquilando as de pequeno porte: surge uma nova classe social - o proletariado - em condições de miséria, doença, ignorância, que tende a acentuar-se com o não intervencionismo estatal". (5)

Em fins do século XIX, inicia-se a reação contra o Estado Liberal. Vê-se o novo Estado obrigado a abandonar a sua posição passiva: os indivíduos querem e exigem do Estado a satisfação de novos direitos, caracteristicamente chamados sociais e consubstanciados em serviços e bens; não basta o simples direito de não serem incomodados pela burocracia estatal ou de poderem criticá-la livremente. (6)

Nesse processo de reação contra o liberalismo em sua feição originária, alguns Estados voltam-se então para fórmulas autoritárias, de que são exemplos a Alemanha nazista, a Itália fascista, o bloco comunista.

Outros Estados, todavia, buscam compatibilizar o capitalismo como forma de produção, com a conservação do bem-estar social; é o Estado Social de Direito ("Welfare State"), que se consolida após a segunda guerra mundial.

ELIAS DIAZ, embora admitindo que o "Welfare State", mais atento à segurança social do cidadão, significou um passo positivo em relação ao capitalismo clássico, ressalta que o chamado neocapitalismo não se constituiu, realmente, em um sistema de bem-estar democrático. "Sobretudo se considerada a questão a nível internacional, pode-se afirmar, sem parcialismo, que tais modelos de organização neocapitalista estão longe de haver criado uma sociedade verdadeiramente democrática", conclui o Autor. (7)

Começam a despontar, então, outras correntes de pensamento, buscando introduzir um conteúdo inovador ao Estado Social de Direito, inclusive através da efetiva participação popular no processo político, nas decisões de governo.

Surge o Estado Democrático de Direito.

A nova concepção de Estado foi adotada pela nossa Carta de 1988. Antes, já o haviam feito a Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978).

Como bem assinalava SYLVIA ZANELLA, no artigo 1º da Constituição de 1988 estão afirmados os quatro princípios que identificam e caracterizam o Estado Democrático de Direito Brasileiro: o do Estado Democrático, o do Estado Federativo, o do Estado Social, o do Estado de Direito.

O princípio do Estado Social - naquilo que mais de perto interessa aos objetivos deste trabalho -, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV). (5)

O princípio da livre iniciativa - que se reafirma no capítulo da Ordem Econômica e Financeira, artigo 170, caput - complementa-se com o princípio da livre concorrência (inciso IV do mesmo artigo), e só encontra condições de adequada aplicação à medida em que se assegura aos agentes econômicos um mercado protegido de ações abusivas da parte de grupos econômicos poderosos, um mercado que garante opções ao consumidor.

Ressalta, então, ISABEL VAZ, que, pela nova Constituição, ao contrário das anteriores, "a repressão ao abuso do poder econômico deixou de figurar como princípio da atividade econômica, em razão do seu deslocamento formal para a situação de 4º parágrafo do artigo 173", configurando-se assim, como um dos instrumentos de proteção à livre concorrência. (7)

Intervirá o Estado, portanto, "realizando" a Constituição, para reprimir a ação anticoncorrencial, as distorções que certas práticas econômicas produzem no mercado. Enfim, para assegurar à coletividade os benefícios que a livre concorrência pode trazer, na visão de BENJAMIM SHIEBER:

"Os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, tanto as potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades das empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da

nação inteira no desenvolvimento econômico do País que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que o fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida cotidiana". (10)

É com observância de tais fundamentos maiores que deve ser entendido o papel reservado pela legislação infraconstitucional ao CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Trata-se de entidade autárquica dotada de competência para proferir decisões administrativas, de natureza quase judicial, exercendo a função indelegável e indeclinável de reprimir práticas econômicas que venham a repercutir negativamente no mercado.

Uma atuação repressiva que apresenta, por certo, aspectos peculiares, eis que não objetiva precipuamente aplicar penalidades administrativas ao infrator, mas sim a fazer cessar a conduta anticoncorrencial que produz efeitos perversos no meio social, a par de exercer uma incontestável ação inibidora de práticas ilícitas futuras.

Um procedimento em que aquele que representa contra a prática abusiva não é parte no feito, pois o direito a proteger é de toda a sociedade; mas em que se dá ao suposto autor do ato abusivo a garantia da mais ampla defesa, pois a Constituição assim o determina.

Uma atuação, enfim, que poderá vir a exigir a indispensável participação do Poder Judiciário, quando da execução de certas medidas mais heróicas, e que se rege por uma legislação específica, que, prudentemente, não deixou de considerar a experiência internacional já vivida em tal matéria.

É oportuno mencionar, então, que a recém-editada Lei nº 8.884, de 11.06.94, em harmonia com o dispositivo constitucional que exige a repressão ao abuso do poder econômico, como instrumento de proteção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, enumera em seu artigo 21, de forma exemplificativa, condutas que configuram infração à ordem econômica, quando tenham por objeto ou possam produzir o efeito de prejudicar a livre concorrência, dominar mercado, aumentar arbitrariamente lucros. Tem-se a aplicação, no caso, da chamada regra da razão, eis que as práticas eventualmente abusivas são analisadas no contexto econômico em que se realizam.

O correto entendimento da fundamentação constitucional que rege a matéria, condicionando o sistema de repressão ao abuso do poder econômico adotado em nossa legislação infraconstitucional, é imprescindível para a adequada condução do processo apuratório de práticas anticoncorrenciais.

3.0. A apuração de práticas restritivas da concorrência na legislação infraconstitucional: procedimento administrativo

Em rápido retrospecto histórico, cabe assinalar que a Lei nº 4.137, de 10.09.62, outorgou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a competência para apurar e reprimir os abusos do poder econômico (artigos 8º e 17).

Tal sistemática veio a ser alterada pela Lei nº 8.158, de 08.01.91, que no caput do artigo 1º definiu como competência da Secretaria de Direito Econômico - SDE, então Secretaria Nacional de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, "apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica."

Ao CADE, caracterizado como órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça (artigo 14), restou a específica competência de julgar os processos oriundos da SDE, "independentemente da realização de novas diligências ou de abertura de prazo para alegações finais" (artigo 8º).

A Lei nº 8.884, de 11.06.94, que revogou as anteriores, ampliou consideravelmente as atribuições do CADE, qual passou a apreciar também os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica (artigo 54); a decidir em grau de recurso, atos que anteriormente não lhe eram sequer encaminhados pela SDE (arquivamento de averiguações preliminares ou de processos administrativos 0 artigo 14, inciso VII), dentro outros, a par de decretar a irrecorribilidade das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo (artigo 50). manteve, todavia, a sistemática da Lei nº 8.158/91, no concernente à definição das competências para apuração e julgamento de infrações da ordem econômica.

De fato, em seu artigo 14 estabeleceu, dentre as atribuições do SDE, a de "instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica" (inciso VI), competindo ao Plenário do CADE, "decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei", e "decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (artigo 7º, incisos II e III), não sem ressaltar ao Conselheiro-Relator, a possibilidade de determinar a realização de diligências complementares ou requerer informações, bem assim de facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes os elementos existentes nos autos para a formação de sua convicção (artigo 43).

Constatado, então, caber à SDE a instauração processual concernente às condutas que configuram infração à ordem econômica, cumpre, pois, nesta parte do trabalho, analisar os aspectos procedimentais referentes à matéria, e que estão regulados nos artigos 30 a 41 da citada Lei.

Assim, nos termos do artigo 30, deverá a SDE promover averiguações preliminares, de ofício, ou à vista de representação fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes à instauração imediata do processo administrativo.

De procedimento sumário, as averiguações preliminares destinam-se, na oportuna referência de FRANCESCHINI, a verificar se há real motivo para a instauração do processo administrativo; "não comportam apreciação de questões de alta indagação e nem permitem amplas considerações atinentes ao mérito da pretensão punitiva", (11) inobstante seja facultada à SDE, desde logo, a realização de diligências ou a produção de provas, bem assim a solicitação de esclarecimentos do representado (§ 1º do artigo 30).

Acrescente-se que, por determinação legal, a representação de Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas independerá de averiguações preliminares, instaurando-se, desde logo, o processo administrativo (§ 2º do artigo citado).

Importante destacar que, em face das garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos, não se poderá, nesta fase, aplicar qualquer penalidade, considerado o caráter inquisitório de que se revestem as averiguações preliminares.

Encerram-se as averiguações preliminares, ou com a instauração do processo administrativo, ou com o seu arquivamento, recorrendo a SDE, de ofício, ao CADE, neste último caso (artigo 31).

Se instaurado o processo administrativo, observar-se-ão, então, os procedimentos e formalidades estabelecidos entre os artigos 32 e 41 da Lei nº 8.884/94.

De logo, cabe mencionar uma distinção doutrinária que geralmente se faz entre processo e procedimento administrativo.

Segundo a lição de HELY LOPES MEIRELLES, processo, de uma forma geral, "é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão." (12)

A Lei nº 8.884/94, em seus artigos 32 e seguintes se utiliza da expressão processo administrativo, estabelecendo, ainda, etapas e formalidades a serem seguidas, um rito processual, daí não ser inadequado falar-se, no caso, em processo administrativo.

Deve ser registrado, então, que o procedimento administrativo, que se realiza na Secretaria de Direito Econômico - SDE, reveste-se de peculiaridades que obrigam a autoridade investigadora a nunca perder de vista o seu objetivo maior.

Sem dúvida, tem ele um caráter tipicamente investigatório, de instrução processual, uma vez que a decisão definitiva, no âmbito administrativo, compete, exclusivamente, ao CADE (artigo 50).

De outra parte, embora o elemento propulsor do processo possa vir a ser qualquer interessado - a que se denomina representante - o certo é que não se estabelece um contraditório entre representante e representado, mas sim entre o Poder Público, na defesa dos direitos da coletividade, e o representado, ou seja, o agente econômico cuja eventual prática abusiva é objeto de apuração.

Assim, não cabe ao representante requerer provas ou recorrer de decisões, muito menos desistir da representação, aplicando-se no caso, em sua integralidade, os princípios consagrados em Direito Público de supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos.

Sem embargo do nítido caráter de instrução processual de que se reveste esta fase, poderá o Secretário de Direito Econômico adotar medida preventiva contra o representado, "quando houver indícios ou fundado receio de que o representado direta ou indiretamente cause, ou possa causar ao mercado, lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne, ineficaz o resultado final do processo" (art. 52, caput). da medida preventiva adotada, da qual poderá resultar a aplicação de uma multa diária, caberá recurso voluntário ao CADE, no prazo de cinco dias (§ 2º do artigo citado).

Outra especificidade do procedimento investigatório diz respeito à possibilidade de ser celebrado, ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, o qual não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (artigo 53, caput)

A condução do processo administrativo se fará, por certo, com observância de todos os princípios a que deve submissão a Administração Pública e que se constituem em garantia inafastável do cidadão.

São aqueles princípios maiores que constam do caput do artigo 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. Outros,

todavia, como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, caput; outros, por neles estarem abrigados logicamente, isto é, como consequência irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo". (13)

Caberia, então, mencionar os princípios da obrigatória motivação das decisões, da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, dentre tantos outros.

E, pelas evidentes implicações com os objetivos deste trabalho, não se poderia deixar de fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa (princípio da garantia de defesa), constitucionalmente consagrado para os litígios judiciais ou administrativos (artigo 5º, LV), e que nada mais é do que uma decorrência do devido processo legal (artigo 5º, LIV).

Como garantia de defesa - bem assinala HELY LOPES MEIRELLES - "deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis."(14)

Outros princípios, por peculiares ao procedimento administrativo, devem também ser citados, tais como, o princípio da oficialidade, que atribui o impulsionamento do processo à Administração; o princípio da verdade material, em virtude do qual a Administração não fica adstrita - como acontece nos processos judiciais - ao que as partes demonstrarem no procedimento, valendo-se a autoridade processante de qualquer prova de que tenha conhecimento.

Cumprirá, pois à autoridade da SDE, observar, na aplicação dos artigos 33 e seguintes da Lei nº 8.884/94, os princípios, antes referidos, e que são próprios e característicos do Estado Democrático de Direito, que a nossa Constituição instituiu.

Em seqüência, serão destacados alguns aspectos principais do procedimento administrativo, previstos na Lei nº 8.884/94:

- em despacho fundamentado, o Secretário de Direito Econômico especificará os fatos a serem apurados e notificará o representado para apresentar defesa no prazo de quinze dias (artigos 32 e 33, caput);

- *anote-se que o artigo 33, em seu § 4º, assegura ao representado amplo acesso ao processo, para o devido acompanhamento por parte do seu titular, diretores, gerentes ou advogado legalmente habilitado;*
- *o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, será considerado revel, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, mas poderá, a qualquer tempo, intervir no processo, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado (artigo 34);*
- *decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE ordenará a realização de diligências e a produção de provas de seu interesse, sendo-lhe facultado requisitar do representado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas e dos órgãos e entidades da Administração Pública, informações, esclarecimentos ou documentos (artigo 35);*
- *o representado poderá apresentar provas, juntar novos documentos, bem assim requerer a oitiva de testemunhas (artigo 37);*
- *nos termos do artigo 38 a Secretaria de política Econômica do Ministério da Fazenda será informada da instauração do processo administrativo, para, querendo, emitir parecer sobre as matérias da sua especialização;*
- *concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, após o que, o Secretário de Direito Econômico, se entender configurada infração da ordem econômica, remeterá os autos ao CADE para julgamento, ou, se assim não entender, determinará o arquivamento dos autos, recorrendo de ofício ao CADE, nesta hipótese (artigo 14, VIII, c.c artigo 39);*
- *das decisões do Secretário da SDE não caberá recurso ao superior hierárquico (artigo 41).*

Deve-se mencionar que, de acordo com o artigo 83 da Lei nº 8.884/94, aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo, ora em exame, as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24.07.85, que disciplina a ação civil pública, e 8.078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor).

Ressalte-se, ao final, que face ao sistema de jurisdição única adotado no Brasil, o controle do Poder Judiciário será sempre inafastável, para

apreciação de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Na fase seguinte deste trabalho, serão então mencionados alguns aspectos de mérito, assim considerados determinados parâmetros essenciais a serem observados na realização da tarefa investigatória.

4.0. Alguns balizamentos essenciais a serem observados na realização dessa tarefa

Registrou-se, anteriormente, que o Direito brasileiro adota em seu sistema de repressão ao abuso do poder econômico, a regra da razão, posto que determinada conduta só será considerada como abusiva quando tenha por objeto ou possa produzir o efeito de prejudicar a livre concorrência, de dominar mercado relevante de bens ou serviços, de aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que tais fins não sejam alcançados.

Anote-se que, no sistema da Lei nº 4.137, de 10.08.62, certas condutas eram consideradas, por si, prejudiciais à concorrência; já a Lei nº 8.158, de 08.01.91, adotou, exclusivamente, o princípio do abuso (regra da razão), sendo que a Lei nº 8.884, de 13.06.94, que revogou ambas as Leis citadas, manteve em seu sistema de repressão, a regra da razão, de forma estrita, como se constata da leitura dos seus artigos 20 e 21.

Sendo assim, no processo investigatório se há de considerar, como ponto de partida, que as condutas indiciárias elencadas exemplificativamente no artigo 21, citado, só serão reprimíveis, se configurado o abuso, devendo, portanto, ser examinadas em um determinado contexto econômico, segundo princípios de razoabilidade.

A formulação pela jurisprudência da chamada regra da razão é referida por BENJAMIN SHIEBER como uma das obras primas do hermenêutica dos tribunais norte-americanos. Tratando especificamente de acordos em restrição da concorrência, assinala SHIEBER que a regra da razão "requer um levantamento da conjuntura econômica em que se celebrou o ajuste ou acordo em restrição da concorrência, para averiguar se este foi razoável em termos de tal conjuntura. E também requer uma investigação da conjuntura econômica que resultou da celebração do acordo em restrição da concorrência." (15)

Veja-se, a título de ilustração, que a nossa Lei antitruste, em seu artigo 21, inciso XXI, prevê, como conduta indiciária anticoncorrencial, a cessação parcial ou total das atividades da empresa, mas ressalva situações de justa causa comprovada. Haverá, por certo, casos em que a paralisação de

atividades do agente econômico terá decorrido de necessidades técnicas ou de outra natureza, identificando-se, então, uma explicação razoável para aquela conduta, que não a prática abusiva.

Ao tratar de ações concertadas, ou seja, aquelas decorrentes de relações entre concorrentes do mesmo nível do processo produtivo (relações horizontais), CABANELLAS cita jurisprudência da Suprema Corte americana alinhada com a tese de que a mera existência do paralelismo não é suficiente para comprovar a prática concertada, se existe uma explicação plausível para a correlação das práticas consideradas. Menciona, a tal propósito, o caso *Pevely Dairy Co. v. United States*, em que se comprovou que a simultaneidade e o paralelismo das alterações de preços realizadas por duas empresas do setor de industrialização de leite decorreram do fato de se tratar de um produto homogêneo, "cujos custos se compunham, fundamentalmente, de matéria prima com preço regulado pelo Estado e de salários resultantes de negociações coletivas com o mesmo sindicato, além de ocorrer uma estrutura geral de custos basicamente semelhante." (16)

Fixado tais parâmetros, cabe ressaltar então, que, na apuração da abusividade de uma determinada prática, é indispensável que se avalie o grau de poder econômico do agente econômico, sua posição dominante, considerada no contexto de um mercado específico, o mercado relevante de bens ou serviços em que atua.

Por tal razão, assinala DEL CHIARO que "a qualificação em um caso concreto, de um dado mercado como relevante, constitui tarefa que precede logicamente qualquer análise de poder econômico, uma vez que toda concretização de um fenômeno de poder econômico se dá no âmbito de um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado." (17)

Segundo os doutrinadores, delimita-se o mercado relevante não apenas em termos geográficos, mas também levando-se em conta a substitubilidade do produto ou serviço negociado.

SHIEBER cita jurisprudência norte-americana no sentido de que "o mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles."

Acrescenta o Autor que a regra da possibilidade razoável de substituição de um produto por outro configura-se como necessária, para se evitar o absurdo de que cada produto fabricado venha a constituir um mercado. E cita decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual os juízes concluíram, por maioria, que o mercado relevante, naquele caso, era

constituído de todos os produtos para embalagem e não só do celofane (United State v. E. I du Pont de Nemours & CO. - 1956). (15)

Após delimitado o mercado relevante, deve a autoridade investigadora produzir identificar os agentes econômicos que dele participam, aqueles que nele produzem e vendem, incluindo-se, ainda, competidores potenciais.

O passo seguinte será a avaliação, nesse mercado, do grau de poder econômico do agente (o representado), cuja abusividade de conduta se apura.

A tal propósito, a Lei nº 8.884/94 dispõe que "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", presumindo-se a posição dominante quando ocorrer o controle de 20% do mercado relevante, podendo tal percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia (artigo 20, § § 2º e 3º, este com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 596, de 26.08.94, artigo 59).

É importante ressaltar, de logo, que a Lei não pune a conquista de mercado resultante de processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores (artigo 20, § 1º).

Analisando a matéria à luz da jurisprudência européia, CABANELLAS faz menção a certos critérios utilizados na determinação de posições dominantes.

Destaca, então, que naquelas situações em que somente uma empresa participa de determinado mercado, por evidente se configurará uma situação de posição dominante: ressalva, todavia, que a existência de um número maior de empresas naquele mercado não significa necessariamente a não ocorrência de posição dominante.

Refere-se, ainda, ao critério da verificação da participação proporcional da empresa no mercado relevante, que apresenta as vantagens da sua simplicidade, quantificação e facilidade de prova. Anota, contudo, que, em certos casos, participações bastante inferiores aos limites previamente fixados foram consideradas suficientes para configurar a posição dominante, face à existência de elementos adicionais que indicavam uma ausência da efetiva concorrência por parte das demais empresas que operavam no setor.

O porte da empresa também foi considerado, em determinadas situações, tendo em vista a maior possibilidade de acesso a recursos financeiros e a sistemas de distribuição. Todavia - prossegue o Autor - verificou-se que, em certas indústrias, como as de construção naval e aeronáutica, empresas que se encontram em uma posição relativamente débil e passiva em relação às empresas líderes do setor, apresentam um porte

considerável, em termos absolutos: de outra parte, uma empresa pode não enfrentar uma concorrência efetiva, em razão de atuar em um mercado geograficamente isolado e de dimensões reduzidas.

Enfatiza, adiante, o poder de fixação de preços como um elemento de indiscutível relevância, no caso, pois reflete, com particular nitidez, a falta de concorrência efetiva que caracteriza as posições dominantes, não sem ressaltar que, em muitos mercados, é difícil determinar o grau de influência desse poder sobre as variações de preços. (17)

Tomando-se como referência o último elemento mencionado por CABANELLAS, pode-se afirmar que uma empresa exerce posição dominante ou dispõe de poder de mercado, quando possui aptidão para fixar preços acima dos níveis que prevaleceriam no mercado competitivo.

Constatando-se, então, no desenvolvimento da instrução processual, que o agente econômico dispõe de poder de mercado, o que cumpre verificar é se tal poder foi utilizado em detrimento da concorrência, ou de uma forma mais ampla, se a conduta, objeto da verificação, estava direcionada a dominar o mercado, a prejudicar a concorrência, ao aumento arbitrário de lucros, ou ainda, se tal conduta produziu ou poderia produzir tais efeitos, inexigindo a lei, para a configuração de ilicitude da prática, a presença necessária do elemento subjetivo (artigo 20).

Pode ocorrer, todavia, que os elementos colhidos no processo não revelem, na conduta investigada, qualquer objeto ilícito. De fato, a conduta do agente poderá encontrar explicação razoável, que não o objetivo de dominar o mercado ou de prejudicar a livre concorrência.

Veja-se, exemplificativamente, que a lei antitruste brasileira elenca como conduta indiciária de infração da ordem econômica, a subordinação da venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço (artigo 21, inciso XXIII).

Com efeito, a vinculação de produto e serviço, ou vice-versa (venda casada), poderá não ter outro objeto que o de impedir que o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou o serviço, eliminando-se, em conseqüência, concorrentes reais ou potenciais, uma vez que cria dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento de empresas do setor.

Todavia, conforme assinala NEIDE TERESINHA MALARD, "a subordinação de venda de um produto à aquisição de outro ou à prestação de um serviço pode ser justificada por razões de operacionalidade. Muitas vezes determinado produto só funcionará adequadamente se utilizado juntamente com outro do mesmo fabricante. A aplicação da regra da razão permitirá certamente uma solução justa para tais casos." (20)

Pode-se, ainda, constatar, como o fez recentemente o Plenário do CADE, no julgamento do Processo Administrativo nº 40/92, que um agente econômico, disposto de poder de mercado, adotou determinada estratégia de preços de venda de seus produtos, não com o fito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência, mas para reverter uma conjuntura econômica que lhe era extremamente desfavorável. Aplicou-se, como se verifica, a regra da razão.

Haverá, portanto, situações em que a autoridade investigadora não veja configurado, na conduta, objeto anticoncorrencial. Deverá, então, averiguar os efeitos que tal conduta teria causado ou poderia causar no mercado, não se podendo deixar de considerar que o agente econômico, além de objetivar sua eficiência, deverá, ainda, preocupar-se com eventuais impactos de uma medida adotada e com a eficiência do mercado.

A identificação de impactos anticoncorrenciais pressupõe, como antes se registrou, uma avaliação do mercado relevante, da participação relativa, nesse mercado, do representado e seus concorrentes e, a partir daí, da verificação dos efeitos negativos que a conduta imputada teria causado a esses concorrentes e aos consumidores de seus produtos e serviços.

Assim, pode-se chegar à conclusão de que a conduta produziu o efeito de desencorajar concorrente ou de impedir o desenvolvimento de empresas do setor, aumentando o grau de concentração do mercado; ou ainda, que um acordo firmado entre produtor e seu distribuídos (prática vertical) prejudicou a livre concorrência, à medida que limitou a autonomia de vendedores e distribuidores.

Exemplificativamente, no julgamento do Processo Administrativo nº 53/92, considerou o Plenário do CADE que uma certa Associação, ao fixar preços de diárias de serviços a serem observados pelos seus associados, influenciando a adoção de conduta uniforme, causou efeitos indesejáveis e danosos naquele mercado, à medida em que as tabelas não permitem a concorrência relativa a preços.

Por fim, abordando outro aspecto da questão, cabe referir que a autoridade administrativa deverá ter sempre em mente que a repressão ao abuso do poder econômico não se predispõe a solucionar conflitos particulares entre empresas; o que se visa é reprimir uma prática, efetiva ou potencialmente danosa a um certo mercado, considerada em um contexto global.

Veja-se, a título de ilustração, que, no inciso V do artigo 21 da Lei nº 8.884/94, se elenca como conduta indiciária de abuso, a criação de dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente. Todavia, as dificuldades que interessam à legislação antitruste são aquelas que tenham por

objeto ou produzam o efeito de dominar o mercado, de prejudicar a livre concorrência, e não as que dizem respeito, exclusivamente, a interesses individualizados das empresas envolvidas, sem repercussão no mercado relevante, configurando um conflito de natureza privada, cuja solução deverá ser pleiteada junto ao Poder Judiciário, eis que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação desse Poder, não dispondo o CADE de competência para conhecer e decidir casos que tais.

Estes, alguns critérios e balizamentos que, segundo entendo, são de indispensável aplicação nos procedimentos de que cuida o presente trabalho.

5.0. Uma análise de recentes julgados do CADE, considerada a instrução processual conduzida pela Secretaria de Direito Econômico - SDE

Em seqüência, serão examinadas algumas recentes decisões do Plenário do CADE, proferidas em processo que lhe foram encaminhados pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, ao entendimento de que, concluída a fase investigatória, restaram configuradas infrações da ordem econômica. Examinar-se-á, também, o despacho de um de seus Conselheiros, em questão relevante para o nosso trabalho.

Por certo que, tendo-se em vista os objetivos percípuos do presente estudo, serão enfatizados aqueles aspectos que mais de perto dizem com as conclusões investigatórias da SDE e as razões de decidir do CADE, à vista das considerações e análises anteriormente realizadas.

Trazem-se então, a título exemplificativo, os seguintes julgados:

Processo Administrativo nº 01/91

A representação: foi proposta representação contra empresa atuante no mercado de locação e manutenção de máquinas copadoras, ao argumento de elevação abusiva de preço, quando da renovação do contrato de assistência técnica referente a máquina copadora, bem como da existência de cláusula no instrumento contratual prevendo pagamento antecipado, em uma única parcela, pelos serviços de manutenção da máquina ao longo do ano. Acrescentou a Representante que se viu forçada a aceitar o contrato de vez que a Representada era a única a dar manutenção às copadoras de sua marca.

A conclusão da SDE: constatando haver cláusula contratual vinculando a prestação de assistência técnica à aquisição de material de consumo da própria marca, a SDE concluiu pela existência de prática econômica abusiva, assim prevista no artigo 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91

("subordinar a venda de um bem à aquisição de um outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem").

A decisão do CADE: em decisão unânime, proferida a 28.05.93, o Plenário do CADE acompanhou o meu voto, como relator, no sentido de julgar procedente a representação, por infração à ordem econômica prevista nos incisos VIII (antes transcrito) e XVI ("criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas"), do artigo 3º da Lei nº 8.158/91, combinado com artigo 2º, inciso I, alínea g da Lei nº 4.137/62 (a mesma redação do artigo XVI, acima transcrito). Nas razões de decidir, argumentei que a prática de vinculação de produto a serviço, adotada pela Representada, era prejudicial à concorrência, inibindo a expansão desse mercado, de vez que os fabricantes de copiadoras, que também as vendem ou alugam, aproveitando-se do poder de mercado que detêm na prestação de serviços de assistência técnica referente aos equipamentos de fabricação própria, utilizam esses serviços como produto vinculante para impor à sua clientela a aquisição do produto vinculado, o material de consumo. Como consequência inevitável, as empresas que apenas produzem ou comercializam toner, revelador e demais materiais de consumo, não terão condições de permanecer nesse mercado, nem novas empresas nele ingressarão, à mais absoluta falta de compradores, já que a clientela dos locadores ou vendedores de fotocopiadoras está presa a um contrato que lhe impede a escolha livre daqueles produtos. Constatou-se, no caso, que a prática não se podia ter como razoável, eis que não trazia qualquer vantagem para o contratante, induzido a acreditar que somente a prestadora de serviços técnicos dispõe de material de consumo adequado para a sua máquina e, muitas vezes, a aceitar a situação falaciosa de que somente o titular da marca detém as necessárias condições técnicas para realizar a manutenção. Foi então condenada a Representada ao pagamento de multa, fixada nos termos legais, determinando-se, ainda, a imediata cessação da prática, cumprindo à Representada promover as necessárias modificações em seu manual de instrução, a par de providenciar a devida comunicação, a seus clientes, das alterações efetuadas.

Processo Administrativo nº 02/91

A representação: determinadas empresas fornecedoras de tampas metálicas foram acusadas de haverem praticado preços idênticos em licitação pública, mediante composição prévia.

A conclusão da SDE: encerrado o processo investigatório, a SDE

efetivamente concluiu pela existência de combinação prévia entre as empresas indiciadas, conduta esta enquadrável no artigo 2º, inciso V, alínea b da Lei nº 4.137/62 ("exercício de concorrência desleal por meio de combinação prévia ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa").

A decisão do CADE: Em decisão proferida a 09.09.92, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o voto da Relatora, Conselheira Neide Teresinha Malard, pronunciando-se pela improcedência da representação. Em suas razões, a Relatora destacou que as indiciadas se conduziram dentro dos padrões normais de um mercado oligopolizado, em que o comportamento da empresa líder era seguido pelas demais concorrentes, registrando-se, ainda, que durante o período anterior, em que os preços eram controlados pelo CIP, a tabela daquela empresa era utilizada para balizar os reajustes de preços do setor de lacres de alumínio. Identificou assim, no caso, que a coincidência de preço encontrava uma explicação econômica - a liderança de preço - que consiste, especificamente, na formação de preço pela empresa líder, o qual é seguido pelas demais. Por outro lado, entendeu que seria inviável a prática de preços superiores aos da líder, o que importaria em imediata queda nas vendas. Assim, apenas a existência de provas do conluio poderia afastar a hipótese da liderança de preço.

Processo Administrativo nº 10/91

A representação: determinada empresa formulou representação contra uma sua concorrente, sob a alegação de prática de preços predatórios e concorrência desleal. Alegou que a Representada, no período 1988, 90, participou de licitações promovidas pelo Ministério da Marinha para aquisição de fogareiros descartáveis de campanha e cotou seus preços em valores um terço inferiores àqueles cotados por ela, Representante. Aduziu, que, a partir de 1990, a Representada passou a fornecer seus produtos abaixo de seus custos de produção, com vistas a dominar o mercado e, então, impor preços abusivos.

A conclusão da SDE: encerrado o processo investigatório, a SDE concluiu que, intencionalmente ou não, a Representada praticara preços de venda inferiores aos seus custos reais de produção, causando prejuízo a Representante, caracterizando-se, portanto, o ilícito previsto no inciso XIII do artigo 3º da Lei nº 8.158/91 ("vender mercadoria ou prestar serviços sem margem de lucro, visando a dominação do mercado").

A decisão do CADE: em decisão proferida a 27.10.93, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o voto do Relator, Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, concluindo pela improcedência da representação.

Em suas razões de decidir, o Relator considerou, preliminarmente, que os dispositivos da Lei nº 8.158/91 eram inaplicáveis ao caso, eis que os fatos imputados à Representada teriam ocorrido em período anterior à vigência da citada Lei. Admitiu, todavia, a possibilidade de enquadramento da conduta no artigo 2º, inciso I, alínea g da Lei nº 4.137/62, no qual se considera como forma de abuso do poder econômico, "dominar mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência"... por meio "de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa". No desenvolvimento do seu voto, o Relator constatou, entretanto, que a Representada atravessava uma situação de mercado adversa, com frustração das vendas ao mercado externo, dispondo de elevado estoque ocioso, e assim, precisando gerar receitas a qualquer preço. De outra parte, afirmou que a política de preços predatórios é prática adotada por empresas que detêm poder econômico suficiente para suportar durante certo tempo prejuízos constantes, vendendo seus produtos a preços abaixo dos custos de produção; esse tipo de estratégia considera a recuperação dos prejuízos intencionalmente sofridos, assim que o concorrente é afastado e essa recuperação se faz mediante a cobrança de preços monopolísticos. Todavia, não era esse o caso da Representada, uma empresa de pequeno porte, que passou a comercializar no mercado interno em virtude da frustração de suas exportações, não dispondo, portanto, de condições para sustentar uma política deliberada de preços predatórios. Concluiu, então, o Relator, que não se caracterizava, no caso, conduta ilícita por parte da Representada, com a finalidade de criar dificuldades ao funcionamento da Representante, ou que tenha acarretado repercussões anticoncorrenciais na estrutura do mercado. Enfatizou, ao final, que a legislação de defesa da concorrência não deve ser aplicada para dirimir ou regular questões ou interesses particulares, não se prestando à solução de conflitos de natureza privada, cuja reparação deve ser buscada junto ao Poder Judiciário.

Processo Administrativo nº 35/92

A representação: propôs-se representação contra três empresas que atuam, respectivamente, no setor de fabricação de motores de popa, no comércio de bens industrializados e na administração de consórcios, as quais foram acusadas de, em conclusão, impor preços de aquisição daqueles bens, de forma abusiva, mediante a utilização de meios artificiosos.

A conclusão do SDE: o término da fase investigatória, a Secretaria de Direito Econômico entendeu configurada a infração à ordem econômica prevista no inciso I do artigo 3º da Lei nº 8.158/91. ("impor preços de

aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margem os lucros, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos"), ressaltando que, para a fixação abusiva de aumentos de preços, as Representadas valeram-se da circunstância de que a segunda delas era a única distribuidora de motores de popa em uma determinada localidade, configurando-se uma interligação comercial entre as mesmas. A par desse fato, as Representadas teriam descumprido, também, com a sua conduta, as normas de controle de preços estabelecidos pela Lei nº 8.178/91, eis que, inexistindo autorização prévia e expressa no Ministério da fazenda, o aumento de preços realizado durante o período de controle de preços teria sido arbitrário e abusivo.

A decisão do CADE: em decisão proferida a 10.08.94, o Plenário do CADE acompanhou, por unanimidade, o voto do Relator, Conselheiro José Matias Pereira, pela improcedência da representação. Em seu voto, o Conselheiro distinguiu, para fins de julgamento, o eventual desrespeito à norma de controle de preços, em período compreendido entre 1º de março e 25 de julho de 1991, da conduta adotada pelas Representadas após tal período, ou seja, quando os preços dos motores de popa foram liberados do controle exercido pelo Ministério da Fazenda. Assim, no primeiro período referido, concluiu não se compreender na competência do CADE julgar eventuais infrações a uma lei extravagante, a incidir apenas em situações excepcionais, nas quais intervém o Estado para estabilizar preços, afastando a possibilidade de concorrência entre os agentes no mercado, a qual pressupõe preços livres, baseados nos custos de produção, em um contexto de competitividade. O Relator examinou, então, a atuação das Representadas, após extinto o controle, eis que os autos registravam que os reajustes de preços tiveram prosseguimento. A vista todavia, das informações constantes do processo, considerando que os custos dos bens fabricados pela primeira Representada dependiam, em boa medida, de insumos importados entendeu razoável o meio utilizado para reajustes dos preços de seus produtos, com base na variação cambial de seus custos, não vislumbrando ilegalidade em tal critério. Registrou, no particular, que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados na Constituição Federal, outorgam aos agentes econômicos o poder de estabelecer os preços de seus produtos e serviços de sorte a cobrir os seus custos e auferir um lucro razoável. De outra parte, a constatação de eventuais efeitos anticoncorrenciais no mercado, decorrentes da política de preços adotada pela primeira Representada, haveria que resultar de estudos e levantamentos realizados pela SDE no mercado relevante, o que não ocorreu. Quanto às demais Representadas, a partir mesmo das conclusões referentes à conduta da primeira, entendeu o Relator que não se podia identificar práticas abusivas no desenvolvimento de atividades que lhes são

próprias, sendo que, no caso, os reajustes de preços realizados pela distribuidora comercial, bem assim aqueles efetuados nas contribuições mensais dos seus associados, pela Administradora de consórcios, decorreram, de forma proporcional, dos reajustes realizados pela fabricante, segundo se lê nos autos.

Processo Administrativo nº 40/92

A representação: uma empresa que atua na área de refrigeração industrial foi acusada de utilizar meios artificiosos para estabelecer preços de venda de seus produtos, criando dificuldades ao funcionamento de empresas concorrentes, principalmente às fabricantes de conjuntos parciais. Segundo a Representante, seu conjunto parcial é produzido a preços menores, havendo o mercado adquirente se firmado no sentido de adquiri-lo para utilização em balcões e câmaras frigoríficas, acoplando-o aos compressores da Representada, de modo que 70% das unidades condensadoras completas foram sendo montadas por tal processo. Entretanto, a partir de 1989, a Representada adotou uma nova estratégia de preços, aumentando o preço dos seus compressores e mantendo inalterados os preços dos conjuntos parciais e das unidades condensadoras completas, por ela fabricados. Entendeu a Representante que tal prática inviabilizou a venda de seu produto, afrontando, com isso, as leis da concorrência e penalizando o consumidor, que se viu obrigado a pagar mais caro pelo conjunto parcial.

A conclusão da SDE: ao término do processo investigatório, entendeu a SDE que a Representada, com a sua prática, havia infringido as normas contidas no art. 3º, incisos I e XVI da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137/62 ("... estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos"), (".. criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas").

A decisão do CADE: em decisão proferida a 15.06.94, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o meu voto, como relator, pronunciando-se pela improcedência da representação. Em minhas razões, destaquei que a Representada, que ocupa uma posição de liderança no mercado interno de refrigeração industrial, vinha apresentando, segundo os elementos colhidos no processo, quedas sucessivas em seu faturamento, em período que precedeu a adoção de sua nova política de fixação de preços, a qual visou, então, tornar mais competitivas suas unidades condensadoras; assim, promoveu reajustes mais significativos nos preços dos componentes (compressores e conjuntos parciais), ao tempo em que reajustava em percentuais inferiores os preços de suas unidades condensadoras completas.

Entendi que a adoção de novas políticas e estratégias, por parte da Representada, encontrava explicação razoável, que não o estabelecimento de preços mediante a utilização de meios artificiosos com o fito de dominar o mercado ou de prejudicar a livre concorrência. Tal explicação, que afastava a presunção de ilicitude do objeto da conduta em julgamento, estava na tentativa de reversão de uma conjuntura econômica desfavorável, atitude esta que é mesmo de se esperar de todo agente econômico. Cuidou-se, então, de examinar os eventuais efeitos anticoncorrenciais que a política de preços adotada pela Representada teria causado ou seria apta a causar no mercado de produção de unidades condensadoras completas, ou em segmentos desse mercado. Verifiquei que a SDE, em seu procedimento investigatório, mais atentou para as dificuldades atuais e futuras pelas quais a Representante pudesse passar na comercialização de seus conjuntos parciais; dessa forma, sem a devida avaliação do mercado relevante, tornava-se inviável a constatação de eventuais impactos anticoncorrenciais de sorte a reprimir a conduta abusiva imputada, pois o que interessa à defesa da concorrência não são as dificuldades por que venha a passar certo agente econômico, estas inerentes aos riscos da atividade empresarial, mas sim a conduta que tenha por objeto ou produza o efeito de dominar o mercado, de prejudicar a concorrência ou de aumentar arbitrariamente os lucros. Ademais, segundo parecer emitido pela Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, com base em informações colhidas junto a clientes revendedores, o mercado vinha tendo atendida a sua demanda, quer pela possibilidade de aquisição de um dos componentes, quer pela do conjunto, concentrando-se a preferência na aquisição da unidade completa da Representada, face ao seu melhor desempenho. De outra parte, informavam os autos que os prejuízos eventualmente enfrentados pela Representante eram anteriores à estratégia adotada pela Representada, não podendo, assim, ser a esta atribuídos.

Processo Administrativo nº 47/92

A representação: trata-se de processo instaurado contra uma empresa distribuidora de petróleo e derivados, acusada de prática abusiva do poder econômico, configurada como venda casada (art. 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91).

A conclusão da SDE: segundo a SDE, a adoção de uma cláusula contratual no instrumento de compra e venda de asfalto e emulsão asfáltica, firmado entre a indiciada e uma entidade pública, consubstanciaria a prática de venda casada, pois a indiciada condicionava a venda dos dois produtos à contratação, pela citada entidade, para o respectivo transporte, de empresas

que consumissem óleo diesel e lubrificantes da marca da indiciada, ou que nela estivesse registradas.

A decisão do CADE: a Relatora do processo, no CADE, Conselheira Neide Teresinha Malard, em despacho proferido a 14.03.94, consignou que a SDE não apresentou qualquer análise dos mercados de distribuição de asfalto e emulsões asfálticas e de transporte desses mesmos produtos, e nem sobre eles promoveu qualquer investigação, pois entendeu que a mera inserção da cláusula impugnada constituiria, por si própria, prática restritiva da concorrência. Registrou, então, que não se pode concluir que a simples adoção de uma cláusula contratual constitua abuso do poder econômico, sendo indispensável a análise do mercado relevante em que ocorreu a prática restritiva, onde atuam os efeitos atuais ou potenciais da conduta abusiva. A fim de esclarecer tais fatos, converteu o julgamento em diligência, retornando os autos à SDE, para que fossem promovidas as necessárias diligências, com o objetivo de responder a quesitos formulados.

Processo Administrativo nº 53/92

A representação: foi proposta representação contra uma Associação que congrega hospitais da rede privada de uma Unidade da Federação, dando conta de que os preços dos serviços hospitalares, ali cobrados, são uniformemente fixados pela aludida Associação, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, impedindo que as empresas que mantêm convênios com os hospitais possam negociar menores preços. Informou, ainda o Representante, que os aumentos impostos pela Associação (Representada) são muito acima da inflação.

A conclusão da SDE: encerrado o procedimento investigatório, concluiu a SDE pela procedência da Representação, com base no caput e inciso XV do art. 3º, da Lei nº 8.158/91 ("obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes").

A decisão do CADE: em decisão proferida a 30.06.93, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o meu voto, como relator, no sentido de julgar procedente a representação, por entender configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no artigo 3º, inciso XV do artigo 3º da Lei nº 8.158/91 (dispositivo antes transcrito). Na fundamentação do voto, foi ressaltado que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, porquanto elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado, de acordo com as regras da oferta e da procura. Assim, ao serem contratados os serviços dos hospitais e congêneres, não são negociados os seus preços e as condições eis que estes já

foram previamente estabelecidos e definidos pela Representada, juntamente com entidade representativa das contratantes. Registrou-se, ainda, na declaração de voto, que pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Isto porque, preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que, preços máximos, como no caso dos autos, podem acabar tornando-se mínimos, sendo esta uma tendência normalmente decorrente da ação de preços uniformes. Foi ainda enfatizado que o aspecto crítico da tabela é que ela confere àqueles que a elaboram a capacidade de controlar os preços de mercado, podendo, em consequência, fixá-los acima dos níveis de concorrência; já quando o preço é formado em regime de concorrência, o agente econômico não consegue influir nos preços do mercado, de forma que, para manter ou elevar seus lucros, é estimulado a aumentar a eficiência na prestação de seus serviços e a buscar, permanentemente, a redução de seus custos. Aplicando-se, no caso, a regra da razão, constatou-se que a conduta da Representada não trazia benefício aos usuários, os quais, em um mercado não competitivo, onde os preços são artificialmente idênticos e uniformemente fixados para os concorrentes, se viam impedidos de exercer livremente sua escolha; por outro lado, os preços tabelados tampouco beneficiavam as entidades contratantes dos serviços, à medida em que estas não conseguiam negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento, por falta de acesso direto aos prestadores de serviços. Quanto a possíveis benefícios a concorrentes, embora a ação coordenada dos hospitais pudesse trazer, de imediato, vantagens para os seus participantes, concluiu-se que a fixação de preços tende a induzir a outros comportamentos concertados, por parte dos concorrentes, que passam a agir de forma solidária em situações adversas, permanecendo na cômoda situação de não concorrerem entre si, sem buscar eficiência técnica e econômica. Assim, julgada procedente a Representação, foi fixada multa nos limites legais, determinando-se, ainda, à Representada, a imediata cessação da prática abusiva, abstendo-se de elaborar tabelas de preços e promover os reajustes dos já existentes, cumprindo-lhe, ainda, comunicar a seus afiliados, que os novos preços deverão ser negociados direta e individualmente, entre os prestadores de serviços médico-hospitalares, seus associados, e as entidades contratantes ou usuários finais, levando-se em conta todos os elementos que compõem os custos dos serviços respectivos, bem como prazos e demais condições de pagamento, tudo em observância às regras da concorrência.

6.0 Conclusão

A apuração de práticas abusivas do poder econômico se configura como um dos instrumentos de proteção da livre iniciativa da livre concorrência, que se inserem entre os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito Econômico.

Na realização dessa tarefa investigatória, deverá a autoridade cumprir os procedimentos administrativos estabelecidos na legislação infraconstitucional, sem deixar de observar, em tal mister, outros tantos princípios constitucionais e seus desdobramentos, que condicionam toda a atividade do administrador, e se constituem na garantia maior do cidadão.

Deverá, ainda, levar em conta certos balizamentos essenciais, determinados aspectos de mérito, que se harmonizam com as diretrizes consagradas pelo Direito brasileiro e não deixam de considerar toda uma construção doutrinária, alicerçada, em boa medida, em uma já longa experiência internacional vivida em tal matéria.

Constatar-se-á, então, que a nossa legislação antitruste, ao elencar, exemplificativamente, determinadas práticas, como passíveis de infringir a ordem econômica, exige, para a sua caracterização, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de prejudicar a livre concorrência, de dominar mercado relevante de bens ou serviços, de aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

A eventual abusividade de tais práticas haverá de ser investigada, então, no contexto econômico em que elas ocorreram, segundo princípios da razoabilidade. A efetiva proteção à livre concorrência requer, assim, um adequado exame do mercado relevante, do grau de poder dominante do agente, dos impactos anticoncorrenciais eventualmente produzidos nesse mercado, a fim de que não se punam ou afastem desse mesmo mercado, empresas que o conquistaram como resultado da sua maior eficiência técnica e econômica, tornando mais competitivos os seus produtos ou serviços.

Os julgados do CADE trazidos a exame, embora representando apenas uma amostragem, são um indicador de que o controle das práticas anticoncorrenciais vem sendo efetivamente realizado pelas autoridades competentes; todavia revelam, com nitidez, a necessidade de um constante aperfeiçoamento do procedimento investigatório eis que, de seus bons resultados, muito depende o aprimoramento das decisões pelo CADE.

Mas, será esse um processo evolutivo natural, o qual, por certo, jamais alcançará o seu último estágio, mas que produzirá os seus efeitos positivos na própria dinâmica do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
2. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores, 9ª ed., São Paulo, 1993, p. 674.
3. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 51.
4. COELHO, Inocêncio Mártires. O Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito. 1992. p. 6 [doc. inédito].
5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo, Atlas, 1991. p. 21.
6. COELHO, Inocêncio Mártires. Processo legislativo: relações entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa, 28 (212): out/dez. 1991, p. 57.
7. DIAZ, Elias. Estado de Derecho y sociedad democratica. Madrid. Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 104-5 [nossa a tradução].
8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. (5). p. 31.
9. VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 286.7.
10. SHIEBER, Benjamin. Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EE.UU. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1966. p. 64.
11. FRANCESCHINI, José Inácio. Exposição feita durante o I Seminário Nacional sobre abuso do Poder Econômico, 7º painel, realizado em Brasília, entre 04 e 07 de agosto de 1987. Direito Econômico - Revista do CADE, 2 (3): ago/out. 1987, p. 97.
12. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 586-7.
13. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 43.
14. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. (12), p. 590.
15. SHIEBER, Benjamin. op. cit. (10). p. 72 e 91.
16. CABANELLAS, Guillermo. Derecho antimonopolico y de la defensa de la competencia. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1983, p. 277 [nossa a tradução].

17. DEL CHIARO, José. Importância e aplicação do conceito de mercado relevante na defesa da concorrência, 1993, p. 1 [doc. inédito].

18. SHIEBER, Benjamin. op. cit. (10). p. 47 e 49.

19. CABANELLAS, Guillermo. op. cit. (16), p. 654-8.

20. MALARD, Neide Teresinha. Práticas verticais restritivas da concorrência, 1993, p. 11 [doc. inédito].

II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Brasília, DF, de 12 a 16 de setembro de 1994

Escola Nacional de Administração Pública

INTEGRAÇÃO DE EMPRESAS: CONCENTRAÇÃO, EFICIÊNCIA E CONTROLE

Neide Teresinha Malard

1 - Integração

1. Não se pode ignorar o fato de que a tendência da empresa moderna é crescer e diversificar sua produção. Várias alternativas se apresentam ao agente econômico para alcançar o crescimento e a diversificação de sua linha de produção. Pode optar pela emissão de debêntures, ações ou bônus ou, ainda, decidir pela integração a outra empresa ou grupo.

O crescimento que interessa mais diretamente à defesa da concorrência é o que se dá através da integração de empresas, de forma vertical ou horizontal, ou da integração a um conglomerado, pois tem como consequência a alteração da estrutura do mercado, com possíveis efeitos adversos para a concorrência.

2. Integração vertical

A integração vertical ocorre entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço.

Através da integração vertical, a empresa busca alcançar basicamente dois objetivos: a independência tecnológica e a internalização de atividade que intenciona tornar prioritária para maximizar seus lucros, de acordo com políticas e estratégias próprias, tais como a redução de custos, maior produtividade, o controle de qualidade do produto, o fornecimento adequado da matéria prima, o desenvolvimento de certa tecnologia, maior eficiência na distribuição ou um contrato mais direto com o consumidor final.

A integração vertical é operacionalizada, em geral, de três maneiras. A primeira delas é mediante o ingresso direto da empresa no mercado, na condição de nova concorrente, passando a explorar atividade necessária ao seu produto final. A empresa abre o seu próprio negócio e passa a concorrer também com suas antigas fornecedoras ou prestadoras de serviços. Outra maneira de verticalizar é adquirir uma empresa já existente no ramo da atividade a que se quer dar prioridade. Pode-se ainda optar por uma terceira

situação, que é a contratação exclusiva de uma outra empresa, passando a obter desta os bens ou serviços de que necessita.

Na verticalização, a integrada não mais se apresenta no mercado de forma independente para transacionar com as concorrentes da empresa ou grupo ao qual se integrou. No caso, por exemplo, de um produtor de matéria prima que venha a adquirir várias fábricas de determinado produto que utilizam aquela matéria prima, a independência dos fabricantes estaria comprometida, pois certamente teriam de dar preferência à matéria prima produzida pela empresa do grupo.

No entanto, a abusividade da conduta deve ser examinada no caso concreto, considerando-se, principalmente, a existência de concorrentes no mercado e as condições em que os produtos lhes são vendidos.

A integração vertical mediante acordo com empresa existente no mercado poderá também restringir a concorrência, dependendo, no entanto, das cláusulas que forem pactuadas.

A verticalização pode proporcionar preços melhores aos consumidores, posto que fases do processo tornam-se simplificadas, reduzindo os custos respectivos. Assim como a terceirização de certos serviços, a verticalização depende sobremaneira das políticas e estratégias das empresas que, na busca contínua de melhores resultados, tentam minimizar seus custos e maximizar seus lucros. Os modelos mudam de acordo com as circunstâncias e cedem à influência de inúmeros fatores.

3. Integração horizontal

A Integração horizontal se dá entre empresas que concorrem entre si, num mesmo nível ou estágio de produção. Ao integrarem-se horizontalmente, as empresas buscam, em geral, o desenvolvimento de processos produtivos, de modo mais razoável, escalas de economia e outras eficiências operacionais.

Outras vezes, a integração horizontal se apresenta como solução para a retirada inevitável de uma empresa do mercado, quer pela insolvência, quer pela impossibilidade de aquisição por terceiro não pertencente ao ramo de negócios.

A operacionalização da integração horizontal se faz mediante incorporação ou fusão, ou, ainda, mediante acordos das mais variadas espécies.

Na incorporação, uma empresa adquire outra, absorvendo-a por completo. A incorporadora é a adquirente e a incorporada, adquirida. Já na

fusão, duas ou mais empresas de extinguem, conjugando-se os patrimônios para a criação de uma nova sociedade.

4. Conglomerado

A integração ao conglomerado não ocorre nem de modo horizontal, nem vertical. A empresa adquirida fabrica, em geral, um produto de certa forma relacionado à atividade exercida pela empresa adquirente, que busca, precipuamente, a extensão de sua produção. Pode, igualmente, ser fabricante de um produto que não esteja de qualquer forma relacionado à produção da adquirente. A integração ao conglomerado pode dar-se ainda como simples estratégia de se conquistar determinado mercado geográfico, caso em que se adquire ali uma empresa que fabrique um produto similar ao da compradora.

A principal razão econômica do conglomerado é a diversificação, tendo em vista a redução de riscos. Operando em vários mercados, os riscos do conglomerado são pulverizados e as eventuais perdas no mercado de um produto em situação desfavorável se compensam com os lucros auferidos em outro.

A integração ao conglomerado possibilita a reciprocidade de operações, situação em que as empresas compram e vendem umas das outras. A empresa do conglomerado, porém, não deve utilizar sua condição vantajosa para auferir ganhos adicionais, como por exemplo, ameaçar retirar encomendas se os produtos de uma afiliada deixam de ser comprados, ou condicionar compras futuras à aquisição de produtos de uma afiliada. Estas são, sem dúvida, práticas anticoncorrenciais que merecem ser reprimidas.¹

A reciprocidade também é vista como uma maneira pouco criativa de controlar as operações de compra e venda, pois a empresa que se vincula a um contrato de fornecimento dessa natureza está propensa a não procurar melhores opções no mercado. O fornecedor, por sua vez, sentindo que suas vendas estão asseguradas, não se preocupará muito com a qualidade do

¹ Essa situação foi considerada ilegal no caso Consolidated Foods Corporation. Consolidated vendia cebola e alho desidratado a beneficiadores de alimentos, dos quais adquiria o produto final. Consolidated adquiriu uma empresa que produzia o alho e a cebola desidratados, transação questionada pela Federal Trade Commission perante a Suprema Corte, que condenou a integração ao entendimento de que a extensão de produto dera à Consolidated, uma grande empresa, vantagem injusta nas transações com seus fornecedores (FTC v. Consolidated Foods Corp. 380 U.S. 592 (1965)). De acordo com a decisão, a reciprocidade pode decorrer não apenas de ameaças ou coação, mas também de condutas engenhosas.

produto ou com a eficiência das entregas. Sob o aspecto concorrencial, a reciprocidade é vista pelas empresas fora do grupo como algo intangível, um acordo que não se pode quebrar, considerando-se aliadas daquele mercado.

A entrada de uma nova empresa no mercado, na quase totalidade dos casos, aprimora a concorrência, beneficiando o crescimento econômico. O mesmo se pode dizer do crescimento interno da empresa, buscando mais capital. Argumenta-se, todavia, que o mesmo já não ocorre com a integração que, muitas vezes, constitui apenas uma transferência de papéis.

II - CONCENTRAÇÃO

5. Da integração horizontal de empresas pode decorrer a concentração do mercado. O mercado concentrado é aquele no qual atual um pequeno número de empresas que são responsáveis por uma alta proporção do faturamento da indústria. A concentração, portanto, diz respeito ao número de empresas que participam do mercado e às respectivas participações relativas.

Em geral, os coeficientes de concentração são obtidos ao nível de participação das quatro ou das três maiores empresas no faturamento total da indústria. Assim, altamente concentrado é o mercado no qual três empresas respondem por 90% do faturamento total da indústria.

Outro método de se aferir o nível de concentração do mercado é o Índice Herfindahl-Hirschman (IHH), normalmente utilizado pelos órgãos de aplicação da lei antitruste nos Estados Unidos. Calcula-se esse índice somando-se os quadrados dos percentuais de cada participante. O Índice varia de 10.000 pontos (caso de um monopólio puro) a um número próximo de zero (caso do mercado atomístico). Considera-se o mercado desconcentrado quando se obtém o índice 1000; moderadamente concentrado, quando se obtém um índice entre 1000 e 1800, e, altamente concentrado, quando o índice é superior a 1800.

Feito esse cálculo, tem-se a seguinte avaliação:

a) se o índice após a integração for inferior a 1000 pontos, somente em casos excepcionais a transação seria anticoncorrencial;

b) se o índice após a integração situar-se entre 1000 e 1800 pontos, somente as integrações que provocassem um aumento igual ou superior a 100 pontos poderiam causar efeitos anticoncorrenciais;

c) se o índice após a integração for superior a 1800 pontos, e a transação importar um aumento superior a 50 pontos, a integração pode ser anticoncorrencial. Quando o índice após a integração alcançar mais de 1800 pontos, presume-se que a transação que provocar uma elevação de mais de

100 pontos aumenta o poder de mercado ou facilita o seu exercício, presunção que, no entanto, pode ser afastada.

A concentração da indústria é o elemento chave na questão da estrutura do mercado e fator determinante da conduta da empresa e do desempenho do próprio mercado.

Numa perspectiva estrutural do problema da concorrência, acredita-se que os mercados concentrados propiciam a adoção de condutas anticompetitivas que afetam o desempenho da economia. Esses mercados, segundo os estruturalistas, tornam as empresas aptas a adotar condutas colusórias e uma variedade de estratégias comerciais que lhes possam proporcionar lucros excessivos e aumentar as respectivas fatias de mercado. Esse comportamento, não raro, retarda eventuais inovações tecnológicas, porquanto qualquer vantagem individualmente auferida por uma empresa colocaria em perigo o acordo colusório.

Afirma-se, ainda, que numa indústria concentrada, as empresas, não tendo que se submeter às forças do mercado competitivo, aumentam o preço e limitam a produção a seu talante, alocando de forma ineficiente os recursos.

A concorrência requer um mercado mais difuso de sorte a evitar que as decisões individuais dos agentes econômicos não afetem a produção agregada e os preços. Assim, quanto mais concentrado o mercado, maior é a tendência de ação concertada, visando a maximização do preço, e menor o incentivo para que os agentes busquem políticas individuais para competir. Ainda que as colusões não assumam forma explícita, o comportamento uniforme se vislumbra em acordos tácitos ou em condutas paralelas, como a liderança de preço, todas elas facilitadas pela troca de informações em relação a custos, quantidades produzidas e políticas de preços.

Ainda do ponto de vista estruturalista, as economias de escala não são suficientes para explicar os níveis de concentração industrial, de vez que, em condições oligopolísticas, longe da pressão das forças do mercado, as empresas não buscam a eficiência.

Atribui-se, ainda, às estruturas concentradas a responsabilidade pela ausência de concorrência em preço e a excessiva concorrência em diversificação de produto, calcada na publicidade exagerada, orientada a influir o consumidor quanto à superioridade dos produtos e obter fatias adicionais do mercado. Os altíssimos valores despendidos em publicidade pelas empresas dominantes seriam, de acordo com os estruturalistas, uma maneira de assegurar a concentração do mercado, desencorajando a concorrência potencial, sendo certo ainda que os montantes empregados em propaganda com o objetivo de canalizar as preferências do consumidor para a

marca e não para o preço poderiam estar mais adequadamente empregados em pesquisa e desenvolvimento.

Outra característica negativa que se aponta no mercado concentrado é a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, consubstanciadas nas vantagens que detêm as empresas que o integram, tais como a capacidade de diferenciação de produto, custos mais baixos decorrentes do controle sobre técnicas de produção, redes de distribuição e fatores de produção e vantagens que tornam mais alto os custos de entrada, desencorajando os concorrentes potenciais.

Acreditam os estruturalistas que o comportamento abusivo do agente pode ser inferido a partir de dados do mercado relevante, por estarem a estrutura e a conduta necessariamente relacionadas.

Por último, dizem os estruturalistas que os lucros excessivos do monopólio e do oligopólio cartelizado importam má distribuição da riqueza, transferindo o ganho que teria o consumidor para as empresas e seus acionistas. Em conseqüência, países com uma estrutura industrial concentrada são caracterizados pela desigualdade na distribuição da riqueza.

Em suma, na perspectiva estruturalista, a concentração econômica e a existência de barreiras à entrada de concorrentes potenciais gozam da presunção de ilegalidade.

Uma outra corrente doutrinária vê a concentração industrial sob perspectiva diversa. Segundo a Escola de Chicago, a concentração econômica não deve ser vista como uma presunção da ilegalidade, e sim da eficiência. Os agentes econômicos, atuando no mercado de forma racional, em busca da maximização dos lucros, combinam seus bens de produção da maneira mais eficiente. Se fracassarem, serão punidos pelas forças competitivas do mercado. Assim, a intervenção do Estado, por se constituir num movimento estranho ao mercado, adiciona a ele mais ineficiência ao invés de torná-lo mais competitivo.

Para os seguidores dessa doutrina, se o objetivo antitruste é promover a eficiência e o bem estar do consumidor, o papel do Estado deve ser minimizado, fazendo da desregulamentação um dos objetivos prioritários dos formuladores de política econômica.

Um alto índice de concentração de um mercado pode ser elemento indicativo da existência de interdependência entre os oligopólios ou de abuso de posição dominante da parte de alguma empresa. Todavia, o índice de concentração, por si só, não significa que no mercado concentrado inexista concorrência.

Para se avaliar o comportamento das empresas de um mercado concentrado, é necessário, ainda, considerar outros elementos, também importantes, tais como a existência de produtos substitutos, a possibilidade da concorrência potencial, a estabilidade da participação relativa das empresas no mercado ao longo de um período razoável, os movimentos de expansão e contração do mercado, a frequência da introdução de novos produtos, etc.

Pode-se assim afirmar que o índice de concentração é simplesmente o ponto de partida de uma investigação que pretenda verificar se determinado mercado é ou não concorrencial.

III - EFICIÊNCIA

6. As leis antitruste partem do princípio de que a concorrência tende a maximizar o desempenho econômico do mercado, tornando-o mais eficiente, com grandes quantidades e variedades de mercadorias produzidas a preços razoáveis, aptas para suprir a demanda dos consumidores. Cuidam, por isso, de prevenir acordos que restrinjam a concorrência e que não tragam qualquer efeito benéfico para o mercado. Preocupam-se em controlar as tentativas de empresas dominantes ou monopolistas de abusar de sua posição, impondo obstáculos à entrada de novos concorrentes. Tratam de assegurar a concorrência efetiva nos setores oligopolizados e de controlar a integração de empresas para evitar a concentração dos mercados e a restrição da concorrência.

Dentre os diversos objetivos a que se propõe a legislação de defesa da concorrência está o da promoção da eficiência econômica, que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos lucros dos produtores.

Na verdade, o mercado competitivo é o bem jurídico tutelado pela legislação antitruste, que tem sua matriz constitucional no princípio da livre concorrência, harmonicamente conciliado com o princípio da livre iniciativa. Nesse mercado, a produção tende a crescer em resposta à demanda dos consumidores, gerando mais empregos, e o preço se situará bem próximo aos custos de produção, propiciando ainda uma razoável margem de lucros a remunerar o capital investido.

No mercado monopolista, ao contrário, a produção tende a ser reduzida, empregando-se menos recursos do que socialmente seria recomendável, e os preços cobrados acima do nível razoável podem resultar em perdas para o consumidor, que continua a adquirir o produto de que necessita, ainda que seu preço esteja elevado, promovendo-se, com isso, uma transferência de renda do consumidor para o produtor. Perde também a

própria economia nacional quando os consumidores deixam de adquirir o produto ou o adquirem em quantidades menores, insuficientes para suprir as suas necessidades.

No regime concorrencial, as empresas tentam maximizar seus lucros, alocando devidamente seus recursos e minimizando seus custos. Buscam, no exercício de sua atividade produtiva, suprir as necessidades dos consumidores, produzindo bens e serviços de melhor qualidade e a preços mais acessíveis.

É essa eficiência que a lei antitruste visa assegurar aos mercados, posto que a atividade empresarial não busca a melhor utilização dos recursos sob o aspecto social e a eficiência que a empresa procura alcançar situa-se no plano dos interesses privados.

Isto, todavia, não significa que a legalidade das práticas comerciais dependa de sua eficiência. A adoção de novas políticas e estratégias por parte de uma empresa, além de objetivar sua própria eficiência, deve ainda se preocupar com o impacto concorrencial das medidas, com a eficiência do mercado.

Dentre as diversas correntes doutrinárias a respeito da tecnologia das leis de defesa da concorrência, uma delas defende o bem estar máximo do consumidor, que deve ser equiparado à eficiência econômica. Esta só existe quando os recursos são alocados de tal forma que nenhuma outra realocação possível poderia melhorar a situação de um consumidor sem que, simultaneamente, piorasse a situação de outro. No contexto concorrencial, a eficiência econômica é alcançada com a maximização do lucro do produtor e a maximização da satisfação do consumidor.²

O benefício primacial da integração para a economia é o aumento potencial de sua eficiência. Essa eficiência, no entanto, deve aumentar a competitividade e resultar em preços mais baratos para o consumidor, e não em lucros excessivos para o fabricante.

As leis antitruste não constituem, em geral, obstáculo para a maioria das integrações, permitindo que as empresas atinjam as eficiências que almejam. Se as partes demonstrarem de forma clara e convincente que através da integração poderão alcançar essas eficiências, a transação será provavelmente autorizada, desde que satisfeitos os demais requisitos.

As eficiências reconhecidas pela lei incluem: o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços; o

² Cf. Terry Calvani, *Economic Analysis and Antitrust Law - Second Edition*, Little Brown and Company - p. 7/14.

desenvolvimento tecnológico. Mas as eficiências não se limitam a essas hipóteses expressamente destacadas na lei, porquanto se utiliza a expressão genérica "propiciar a eficiência". Aqui podem ser incluídas as economias de escala, a melhor integração das instalações para a produção, a especialização da fábrica, e eficiência similares relacionadas à fabricação do produto, aos serviços inerentes à produção e à distribuição.

Nos casos em que a concentração do mercado alcance índices acentuados, o argumento da eficiência só deve ser acatado se esta não puder ser alcançada através de outros meios que não o da integração.

Não resta dúvida de que a concorrência e a livre iniciativa são os valores supremos tutelados pela legislação antitruste. Todavia, a eficiência econômica há de ser levada em conta até pelo objetivo que a ordem econômica se propõe a atingir, qual seja, a justiça social.

As noções de eficiência e de concorrência não podem, por isso, ser conflitantes. Ao contrário, em regra, é a própria concorrência que induz à eficiência. Por isso, integrações que buscam eficiência devem ser consideradas positivas para o mercado. No entanto, nos casos em que houver conflito entre os objetivos do setor eficiente e os do setor competitivo, há que se estar atento para não se sacrificar a concorrência em nome da eficiência. Onde houver eficiência da qual o consumidor se beneficie de forma imediata, sendo o mal concorrencial apenas potencial, talvez fosse melhor optar pela certeza e a presteza do benefício.

Finalmente, é preciso ter em conta que a eficiência deve conduzir à redução do preço e não ao aumento excessivo do lucro.

Este o sentido que se deve emprestar ao vocábulo eficiência, conforme utilizado no § 1º do art. 20, da Lei nº 8.884/94.

V. CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

7. Poder de mercado - posição dominante

A lei 8.884/94 determina que os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE, e só terão eficácia jurídica se aprovados pelo Conselho ou se este sobre o ato não se manifestar no prazo de trinta dias (art. 54).

A aprovação do ato pode ser prévia à sua realização ou depois de consumada a transação, sendo o objetivo do exame prévio o de evitar que

problemas concorrenciais ocorram depois de consumada a transação, dificultando ou tornando impossível a reversão à situação anterior.

O controle dos atos de concentração econômica objetiva prevenir o exercício ou o aumento do poder de mercado de uma ou mais empresas, buscando-se o melhor desempenho do mercado, ao tempo em que se evita a formação de estruturas oligopolistas. de uma forma indireta, encoraja o crescimento interno da empresa, propiciando-se, assim, uma maior concorrência no respectivo mercado.

O poder de mercado, expressão sinônima de posição dominante, esta adotada pela Lei 8.884/94, é a aptidão que tem o agente econômico de, lucratividade, reduzir a produção abaixo dos níveis competitivos e, em conseqüência, aumentar ou manter os preços acima daqueles níveis. Essa aptidão só encontra as condições ideais para o seu exercício na situação de monopólio ou de ação coordenada - o cartel.

Do exercício do poder de mercado pode resultar a transferência de renda dos compradores para os vendedores ou, então, a alocação inadequada de recursos, sendo, portanto, fator de preocupação para a concorrência.

O exercício do poder de mercado dependerá da elasticidade da demanda e da facilidade ou dificuldade do ingresso de novas empresas no mercado relevante. Em mercados que se apresentam favoráveis à entrada de novas concorrentes e à expansão das empresas médias e pequenas que deles participam, é pouco provável o exercício do poder de mercado.³

³ Quando inexistem barreiras no mercado e as empresas nele ingressam e saem sem maiores dificuldades e sem incorrer em custos elevados, diz-se que este mercado é contestável.

A teoria da contestabilidade surgiu no início da década de 80, de autoria de W.J. Baumol, preconizando que a concorrência perfeita poderia ser alcançada não só pela existência efetiva de concorrentes no mercado, mas simplesmente pela potencialidade de concorrência. Nesse mercado, a concorrente potencial, vislumbrando a possibilidade de um lucro meramente transitório, ingressa, realiza esse lucro, saindo em seguida. A simples ameaça de entrada do concorrente potencial induziria ao estabelecimento dos preços em nível próximo aos de custo bem como à eficiência na produção, além de suprimir a interação entre os participantes do oligopólio.

A contestabilidade perfeita requer que o concorrente potencial entre no mercado, produza, venda e saia sem qualquer perda, antes mesmo que as atuais empresas ajustem os seus preços.

Na prática, todavia, a existência de barreiras em alguns mercados é um dado da realidade, sendo certo ainda que a empresa que delas se beneficia pode efetivamente desencorajar a entrada de novos concorrentes.

Essa teoria tem sido muito criticada e considerada longe da realidade dos mercados oligopolísticos, com organizações próprias de custos, especificidade de capital e,

Torna-se, portanto, indispensável determinar e avaliar o mercado relevante, onde atuam as partes que buscam a integração, para se conhecer o respectivo grau de concentração, o nível de concorrência entre as partes na transação e no mercado como um todo, a participação relativa de cada empresa no mercado, as condições que ensejam a entrada de outras tantas, bem como as demais características que possam facilitar ações coordenadas.

A perda social do exercício do poder de mercado está relacionada à redução da produção e ao aumento dos preços. Os consumidores são duplamente prejudicados: primeiramente porque o preço excessivo constitui uma transferência de renda do consumidor para os acionistas da empresa, em segundo lugar, porque a eficiência econômica do mercado fica comprometida, porquanto as quantidades necessárias não são produzidas, ainda que alguns consumidores estejam dispostos a pagar o preço mais alto. Por outro lado, os consumidores que reagem ao aumento de preço não adquirem o produto, reduzindo o consumo, comprometendo o nível de produção e, conseqüentemente, a eficiência econômica.

O poder de mercado pode ser alcançado naturalmente, como decorrência de economias de escalas que conduzem, necessariamente, à existência de apenas uma empresa eficiente no mercado. Na exploração de certa tecnologia, por exemplo, cujos custos de implantação são extremamente elevados, a tendência de preços mais baixos em função de custos reduzidos é maior quando apenas uma empresa opera no mercado. De outro lado, o poder de mercado pode ser alcançado voluntariamente, através da integração, ou mediante regulamentação do Poder Público, como é o caso das concessões, ou, ainda, no caso de exploração de direitos de propriedade industrial.

O poder de mercado pode também ser exercido por um único comprador (poder monopsônico), ou por um pequeno grupo de grandes compradores (poder oligopsônico), em ação coordenada, com o objetivo de deprimir o preço de aquisição, impondo-o em nível inferior ao preço de concorrência, disso decorrendo a restrição da produção.

8. Avaliação do poder de mercado

A lei não reprime o ato de concentração por si só, buscando, no entanto, prevenir os males concorrenciais que dele possam advir. Da mesma forma, não pune a posição dominante, mas o abuso que dela eventualmente

muitas vezes, contratos de longa duração a preços fixos, fatores não atraentes às concorrentes potenciais.

decorra, posto que o poder econômico anticompetitivo é aquele que exerce para controlar o preço e limitar a produção.⁴

⁴ Nos Estados Unidos a posição dominante é conhecida como poder de monopólio. Nos primeiros casos de aplicação do art. 2º da Lei Sherman, a Suprema Corte desenvolveu uma concepção restritiva da monopolização. O entendimento era o de que a lei não proibia o monopólio per se, mas apenas a posição monopolística obtida mediante acordos ilícitos ou práticas anormais de comércio. Nessa esteira, foi condenada a Standard Oil, visto que obtivera seu poder de monopólio na produção e distribuição de petróleo, após uma série de fusões e incorporações, utilizando-se, para obter a adesão de parceiros comerciais, das mais diversas táticas coercitivas, que variavam desde preços discriminatórios até o emprego de métodos de espionagem industrial.

Esse entendimento se manteve até o julgamento do caso Alcoa, em que a empresa obteve a posição de monopólio na produção de alumínio, no fim do século XIX e início do século XX, graças à exploração das patentes que detinha tanto na extração quanto na transformação do produto. A empresa se envolveu em práticas restritivas e foi objeto de investigações que culminaram com um "consent decree", proibindo-a de continuar com a prática.

Para concluir que Alcoa monopolizou o mercado, a Corte se referiu às condutas adotadas pela empresa a partir de 1912. Constatando que entre 1912 e 1934 o número de usinas passou de duas a cinco e que a produção de alumínio se multiplicou oito vezes durante o mesmo período, o juiz Hand assim declarou:

"... Não é preciso que nós acusemos esta empresa (ALCOA) de faltas morais depois de 1912; podemos admitir que todos os méritos que ela prega para si são verdadeiros. A única questão é se a Alcoa pode valer-se da exceção estabelecida em favor das empresas que não procuram controle. Parece a nós que a questão é de resposta fácil. Não foi inevitável que ela sempre antecipasse a procura do alumínio e estivesse pronta para satisfazê-la. Não houve compulsão para que ela continuasse a dobrar e redobrar sua capacidade antes que outras empresas empreendessem no mesmo ramo. Ela insiste em que nunca excluiu concorrentes; mas nós achamos que o modo mais efetivo de exclusão é aproveitar cada nova oportunidade que se apresentar e enfrentar os concorrentes potenciais com nova capacidade já entrosada com uma grande organização, gozando das vantagens da prática, conexões no ramo, e melhor equipe. Só se entendermos que a exclusão se limita a meios que não são honestos, de um ponto de vista comercial, mas motivados somente por um desejo de prevenir a concorrência, que poderemos denominar tais ações, constantemente empreendidas, como não exclusionárias. Assim limitar a interpretação seria a nosso ver emascarar a Lei Sherman; seria permitir justamente tais conglomerações que a Lei Sherman tem o propósito de prevenir." (Tradução de B. Shiever. Obra referenciada na bibliografia, p. 58.).

De acordo com esse entendimento, a expansão de uma empresa, ainda que mediante crescimento interno, pode configurar a monopolização, independentemente dos meios

As expressões "dominar mercado" e "domínio de mercado", como postas na legislação antitruste, devem ser entendidas não como mero poder de agir, mas como o domínio abusivo, o abuso da posição dominante. Se a posição dominante é atingida acidentalmente, em decorrência de tecnologia ou de outro recurso legalmente aceito, não pode ser considerada abusiva, eis nesse caso são a competência e a eficiência da empresa que a colocavam em posição privilegiada.

A produção dominante de uma empresa não se mede em função apenas de sua participação relativa de mercado.⁵ Outros critérios são levados em consideração na aferição do poder de mercado de uma empresa com vistas à constatação de sua abusividade. Esses critérios se voltam tanto para a

utilizados para alcançar o poder de monopólio. Esse mesmo entendimento foi reiterado pela Suprema Corte no caso *American Tobacco Co. v. U.S.*.

Posteriormente, no julgamento do caso *United Shoe Machinery*, a Suprema Corte retoma a concepção comportamental da monopolização, que privilegia a conduta do agente econômico. A Corte considerou que a posição dominante foi obtida através de práticas que tendiam a desencorajar a concorrência potencial.

Naquele caso, a *United Shoe*, fabricante de máquinas para a confecção de calçados, recusava-se a vender seus equipamentos pesados, consentindo apenas em dá-los em locação. Várias cláusulas do contrato, principalmente aquela que estabelecia um período mínimo de dez anos para a locação, visavam a manutenção da clientela. A locadora atribuía-se a responsabilidade pela manutenção das máquinas, incluindo no preço do contrato o custo da locação. Criava, assim, obstáculos para que os locatários se utilizassem dos serviços de terceiros.

A Corte entendeu que *United Shoe* praticava preços predatórios, auferindo lucros mínimos na locação das máquinas que eram expostas a grande concorrência e compensando-os pelas margens obtidas sobre aquelas que enfrentavam apenas uma restrita concorrência.

Naquela decisão a Corte distinguiu três critérios para se certificar a ocorrência de monopolização. De acordo com o primeiro, o poder de monopólio será ilegal se decorrer da adoção de práticas restritivas da concorrência, no sentido do art. 1º da Lei Sherman. De acordo com o segundo, uma empresa será acusada de monopolizar se obtiver sua posição mediante adoção de conduta predatória, no sentido do primeiro critério, ou mediante uma conduta que tenha por objeto ou efeito excluir o concorrente. O terceiro critério estabelece uma presunção de ilegalidade per se do poder de monopólio cabendo ao agente o ônus de demonstrar que a sua posição deve-se exclusivamente à sua competência, à superioridade de seus produtos, a vantagens naturais, à sua eficiência econômica e tecnológica, ou que suas reduzidas margens de lucro são mantidas sem discriminação ou, ainda, que detém um monopólio ilegal para a exploração de uma patente ou de uma concessão de serviço público.

⁵ A lei nº 8.884/94 tem como presumida a posição dominante de quem detenha 20% do mercado relevante.

estrutura e desempenho do mercado quanto para o comportamento da empresa.

Quanto à estrutura do mercado, considera-se, basicamente, a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, oriundas de vantagens que permitem a uma empresa dominante beneficiar-se de custos de produção ou de distribuição menores do que os de seus concorrentes que operam em escala comparável; facilidade de acesso ao capital; vantagens resultantes da diferenciação de produtos; integração vertical da empresa e seu avanço tecnológico, para citar apenas alguns critérios. A análise desses aspectos possibilita a aferição dos efeitos que a conduta do agente possa causar sobre o mercado.

Quanto ao desempenho do mercado, as questões mais importantes dizem respeito à relação custo/preço, às respostas de demanda, à introdução de tecnologias e aos investimentos na indústria.

Enquanto que do mau desempenho de um mercado, caracterizado pela alta de preços e pelo aumento dos lucros de certo agente econômico, pode-se inferir uma posição dominante abusiva, a análise do comportamento da empresa tem, entre outros, o propósito de estabelecer se o objeto da conduta é desencorajar a entrada ou o desenvolvimento de concorrentes. Permite, ainda, demonstrar se uma conduta qualquer não constitui apenas indício de posição abusiva, mas sim a própria causa desta.

A análise desses fatores não só possibilita determinar a posição dominante de uma empresa em relação ao mercado relevante, como permite, também, a apreciação global da atuação da empresa, tomando-se em conta o conjunto dos mercados nos quais ela intervém.

Para não se correr o risco de inviabilizar o processo de desenvolvimento e de crescimento dos agentes econômicos, obedecidas obviamente as normas que regem o mercado concorrencial, as práticas comerciais adotadas por uma empresa que detenha posição dominante em certo mercado hão de ser analisadas à luz de critérios objetivos que permitam aferir a ilicitude da conduta.

9. Avaliação da integração

A integração, quando possa conduzir à concentração econômica, só será admitida quando for benéfica para o mercado, impondo a lei o preenchimento de alguns requisitos ter a concentração como objetivo aumentar a produção, ou melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou

propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; serem os benefícios dela decorrentes distribuídos equitativamente entre as partes e os consumidores; não implicar em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante; e realizar-se nos limites necessários ao atingimento dos objetivos visados.

As diversas formas de integração só constituem práticas restritivas apenas quando tenham por objeto ou possam produzir o efeito de prejudicar a concorrência, dominar o mercado, aumentar arbitrariamente os lucros ou quando resulte em exercício abusivo de posição dominante (art. 20 da Lei nº 8.884/94).

A legislação anterior, precisamente a Lei nº 4.137/62, elencava as formas mais comuns de integração, passíveis de configurarem práticas restritivas, se delas decorresse prejuízo à concorrência. Eram elas o ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades; a aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos,; a coalizão, a incorporação, a fusão ou qualquer outra forma de concentração de empresas; a concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais pessoas físicas; a acumulação de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa.

Essas formas de integração não constituem "per se" práticas restritivas da concorrência, conforme remansosa jurisprudência do CADE.

Nessa linha, o Conselho decidiu que a simples compra de empresa concorrente não é por si só abuso do poder econômico (Processo nº 20.402/80); que a concentração de empresas, não constituindo meio utilizado para o exercício do domínio do mercado ou da eliminação da concorrência, não configura abuso do poder econômico (processo nº 20/75), que a integração de empresas subsidiárias mediante fusão ou incorporação com a que lhes detenha o controle acionário não implica procedimento abusivo (Processo nº 20.654/68), que é razoável a aquisição do controle acionário de empresa concorrente quando esta se encontra em difícil situação econômica e a transação representa manutenção de empregos sem prejuízo para o mercado consumidor (Processo nº 20.304/60); que inexistente prática restritiva quando a aquisição do controle acionário de empresa concorrente seja do interesse da economia nacional ou quando se apresente como solução última para as dificuldades financeiras daquela, ou, ainda, quando visa impedir desemprego e não impeça o consumidor de escolher entre produtos concorrentes (Processo nº 50/75); que a acumulação de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa só configura abuso do poder econômico se resultar a dominação de determinado ramo do mercado nacional ou a eliminação, ainda que parcial, de concorrência (Processo nº 29/68).

A legislação atual, por descuido ou omissão deliberada do legislador, não trouxe ao aplicador da lei subsídios para determinar os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam conduzir à concentração econômica em prejuízo da concorrência. No entanto, a linguagem aberta da lei e o princípio da interpretação sistemática autorizam valer-se o intérprete das diferentes práticas e transações comerciais abrigadas em nosso direito positivo, acordadas expressa ou implicitamente pelas partes, para se chegar àqueles atos.

Apenas os atos de concentração que criem ou aumentem o poder de mercado ou que facilitem o seu exercício podem prejudicar a concorrência ou resultar em dominação de mercado. Incluem-se entre esses atos as fusões, incorporações, constituição de empresa controladora ou qualquer forma de grupamento societário que resulte em 20% ou mais de um mercado relevante ou ato em qualquer um dos participantes tenha registrado no último balanço faturamento anual bruto de cem milhões de UFIR, inadmitindo a lei qualquer exceção.

Na aquisição de ações com direito a voto, a adquirente é a compradora, e a adquirida é a empresa que emitiu as ações colocadas à venda. Assim, em muitas aquisições, os vendedores são acionistas da pessoa adquirida, mas não a própria pessoa jurídica adquirida.

Tanto a pessoa natural que realiza a transação quanto a pessoa jurídica cuja ações estão sendo adquiridas devem requerer a autorização do CADE, mesmo que esta última não esteja diretamente envolvida na transação.

Na análise de um caso de integração há de se verificar o seguinte:

a) se, no caso do § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, decorre da transação uma participação relativa de 20% (critério da participação relativa);b) ou se pelo menos uma das partes da transação obteve o faturamento bruto de cem milhões de UFIR (critério da participação relativa ou do faturamento bruto);

c) se, em decorrência de qualquer ato, aumenta o poder de mercado de alguma empresa ou grupo de empresas, em prejuízo da concorrência (critério do poder de mercado);

d) se a integração, em razão do índice de concentração do mercado e das características do próprio mercado, pode, potencialmente, causar efeitos adversos à concorrência (critério dos efeitos);

e) se existe a possibilidade de entrada de outros concorrentes no mercado, no prazo e condições que possibilitem as necessárias reações aos efeitos adversos que eventualmente possam ocorrer (critério de entrada);

f) se a eficiência alegada (produtividade, qualidade, desenvolvimento tecnológico) pode ser alcançada por outros meios que não a integração (critério da eficiência do agente);

g) se os bens de produção detidos pelas empresas integradas continuarão no mercado ainda que a fusão não seja autorizada (critério da permanência);

h) se as alegadas eficiências resultarão no bem estar do consumidor (critério da eficiência social).

Situações podem existir em que a integração de empresas será benéfica ao mercado, ainda que dela decorra aumento da participação relativa da adquirente. É o caso, por exemplo, de uma empresa em estado pré-falimentar, que já tentou via concordata reorganizar os seus negócios e, sem qualquer sucesso, tem como única alternativa deixar o mercado. Nessa situação, impossível qualquer outra transação, é preferível a integração a empresa já existente do que a perda dos bens de produção. Ressalte-se que a venda simulada nesses termos é ilícita e o controle da integração autorizada pelo CADE pode levar a que a Secretaria de Direito Econômico investigue a conduta abusiva. Diminuídos, assim, os riscos de desinvestimentos e de abuso de posição dominante, posto que a transação poderá ser submetida a compromisso de desempenho, a integração poderá ser autorizada.

Em semelhante situação encontra-se a empresa que não consegue concluir negociações com outras, em condições mais vantajosas para o mercado, restando-lhe a opção de se integrar a uma terceira, cuja participação relativa no mercado, em decorrência, aumenta significativamente. Nesse caso, impõe-se também o compromisso de desempenho e o rigoroso controle de seu atendimento.

Os mesmos critérios de integração entre empresas deverão ser adotados nos casos de integração de divisões ou de departamentos.

10. Definição do mercado relevante

O poder de mercado de uma empresa, isto é, sua posição dominante, há de ser medido em função do mercado em que atua, o mercado relevante.

O mercado relevante é constituído de um grupo de produtos em uma área geográfica, tendo como principal característica a substitutibilidade, considerando-se a resposta de demanda de cada grupo de compradores.

A definição do mercado relevante quanto ao produto há de levar em conta cada um dos produtos fabricados pelas empresas em processo de integração.

Para se estabelecer os limites do mercado relevante geográfico, torna-se necessário identificar as empresas que nele operam, bem como as demais que para lá se dirigiriam em resposta à demanda dos consumidores por produtos substitutos, caso o preço ali cobrado aumentasse em razão de restrições decorrentes da integração. Se existir essa alternativa, as empresas que estariam dispostas a entrar naquele mercado deverão ser consideradas para efeito de delimitação do mercado geográfico.

Para se avaliar a reação dos compradores é preciso indagar se eles mudaram ou mudariam seus hábitos em função de um novo preço, e quanto tempo levaram ou levariam para fazê-lo, bem como saber dos vendedores se estes adotam suas estratégias de venda levando em conta a possibilidade de substituição do seu produto caso haja um aumento de preço.

Recomenda-se, nessa análise, sejam considerados os preços de mercado antes da integração, a não ser que as circunstâncias sugiram a existência de ações coordenadas, caso em que será usado um preço considerado concorrencial.

11. Identificação de participantes e grau de concentração do mercado

Uma vez definido o mercado relevante, há que se determinar os participantes. Consideram-se como tais todas as empresas que normalmente produzem e vendem nesse mercado, inclusive produtos recondicionados, se estes puderem ser considerados substitutos.

Serão também incluídas, ainda que não estejam produzindo ou vendendo o produto relevante, as concorrentes potenciais que tenham condições de entrar no mercado num período relativamente curto, e que não tenham de incorrer em altos custos, quer adquirindo novos bens de produção, quer mudando a sua linha de produto ou extendendo-a para fabricar o produto relevante.

Para se saber da disponibilidade e da possibilidade de inserção dessa concorrente potencial no mercado relevante, consideram-se os custos de substituição ou de extensão e a lucratividade que obteria ao preço elevado, levando-se em conta o comprometimento de sua capacidade de produção.

A participação no mercado pode ser medida em valores expressos em moeda corrente, relativos ao faturamento, ou em quantidades produzidas, considerando-se, inclusive, a capacidade de produção. os mesmos critérios

deverão ser utilizados para medir a participação relativa das empresas estrangeiras.

A análise do ato de concentração, tanto pelo critério da participação relativa, quanto pelo do faturamento bruto, requer a identificação das pessoas naturais ou jurídicas que detenham ações com direito a voto ou que exerçam qualquer forma de controle majoritário sobre a empresa ou o grupo de empresas, parte na transação, ou que por ela seja controlada.

Essa identificação alcança não apenas as empresas adquirente e adquirida, como também a controladora e as demais empresas por esta controladas.

O controlador de uma empresa é quem detém o poder de comando e o exerce efetivamente, indicando seus administradores e traçando as estratégias e diretrizes que deverão ser obedecidas na persecução dos objetivos sociais. O controle existe sempre que alguém detém mais de 50% das ações com direito a voto.

Todavia, nas grandes companhias abertas, há de se ficar atento quanto ao fato de que apenas uma parcela minoritária dos acionistas com direito a voto costuma comparecer às assembleias, tomando-se, então, o voto da maioria presente, que é, muitas vezes, bem menor do que 50% do capital votante. Esse grupo atuante, que costuma comparecer às assembleias, pode se organizar através de acordo de acionistas e, assim, controlar de fato a sociedade. O art. 116 da Lei nº 6.404/76 define o acionista controlador como a pessoa natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculado por acordo de voto, ou sob controle comum que, sendo titular de direitos de sócio que lhe assegurem, permanentemente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, usa efetivamente de seu poder para dirigir e orientar a empresa. Assim, a maioria considerada pela lei é aquela apurada nas assembleias deliberativas e que comanda efetivamente a companhia.

Torna-se, pois, necessário verificar o histórico das assembleias para se saber em quem se concentra o poder decisório.

É de se atentar, também, para o teor das cláusulas do estatuto que imponham restrições ou limites às diferentes classes de ações.

No caso das demais formas societárias, o controle é exercido por quem o contrato social indicar, ou por quem tenha o direito a 50% ou mais do lucro ou, então, por quem tenha direito a 50% do saldo patrimonial no caso de dissolução.

Na conformidade desses critérios, mais de uma pessoa pode ser considerada como controladora, cada qual com a obrigação de submeter ao CADE a transação.

A controladora pode estar diretamente envolvida na transação ou através de uma empresa, sendo, portanto, indispensável identificar todos os elos da corrente de controle.

Identificadas as participantes, apura-se o nível de concentração do mercado, isto é, o número de empresas que dele participam e os respectivos coeficientes de participação. Uma das modalidades de aferição do grau de concentração de um mercado é o Índice Herfindahl-Hirschman, acima mencionado.

Os índices de concentração econômica e de participação relativa são apenas o ponto de partida para a análise do impacto competitivo de uma integração de empresas. Há que se examinar, ainda, se a operação alcança ou pretende alcançar eficiências e se inexistem danos à concorrência atual e à potencial, levando-se sempre em conta, não apenas os dados relativos à participação e à concentração, como também as peculiaridades do mercado relevante, inclusive as mudanças recentes para que dados históricos não se sobreponham à realidade do momento. A concessão recente de uma patente pode, por exemplo, colocar em posição de desvantagem uma empresa de grande participação relativa, mas que não detém nem deterá o monopólio legal dessa patente.

Uma integração, provavelmente, não criará nem aumentará o poder de mercado se a entrada de novos concorrentes nesse mercado é tão fácil que os participantes não conseguem quer unilateralmente, quer em conluio, manter preços acima dos níveis vigentes anteriormente à transação.

Se a entrada é facilitada pelas próprias características do mercado, não se exigindo grandes tecnologias nem investimentos muito vultuosos, a ponto de desencorajar o aumento excessivo do preço durante um razoável período de tempo, é pouco provável que a integração seja anticoncorrencial.

A entrada será dificultada quando os bens de produção estejam sob o controle da empresa que já se encontra no mercado, tornando impossível à entrante o atingimento das necessárias escalas.

Devem também ser examinadas as ações que uma empresa entrante necessita empreender para produzir e vender no mercado relevante. Todas as fases serão consideradas, desde o projeto, passando pelos diversos estágios de implantação da fábrica, incluindo planejamento, gerenciamento, permissões, licenças, autorizações, construção e operação das instalações, até o marketing, distribuição e testes do produto junto à clientela.

A integração pode reduzir a concorrência, facilitando ações coordenadas em prejuízo do consumidor. Ações coordenadas são aquelas empreendidas por um grupo de empresas, com o objetivo de assegurar um

lucro certo independentemente da atuação isolada de cada uma delas no mercado. Esse lucro existe enquanto resultado de reações acomodadas.

Para se examinar as condições do mercado de sorte a permitir uma avaliação quanto à existência de ações coordenadas, devem ser considerados os seguintes fatores: a disponibilidade de informações importantes, pertinentes às condições do mercado, transações empreendidas individualmente pelas concorrentes, a heterogeneidade das empresas e dos produtos que fabricam, as políticas de preços e de marketing tipicamente adotadas pelas empresas do mercado, e as características dos compradores e vendedores.

As ações coordenadas entre as empresas nem sempre são empreendidas com o objetivo de apenas alocar a produção entre elas ou fixar os níveis de preço do mercado. Podem, simplesmente, se limitar a seguir um preço comum ou diferenciais fixos de preços, estabilizar as cotas de mercado de cada empresa ou clientela, ou ainda, fixar restrições territoriais.

As condições de mercado são, muitas vezes, indutoras de interação coordenada. facilitam a interação, por exemplo, a homogeneidade tanto das empresas quanto de seus produtos ou o intercâmbio de informações com os concorrentes.

A concorrência pode ser também prejudicada mediante conduta unilateral, quando a empresa fusionada ou a adquirente, logo após a aquisição, eleva os preços e reduz a produção. As empresas integradas que fabricam produtos diferenciados, que não são substitutos perfeitos, poderão, se pouco provável a interferência de uma terceira empresa no mercado relevante, promover o aumento de preço tanto de um quanto de ambos os produtos, se estes se apresentam como a primeira e a segunda opções dos consumidores. Quanto maior for a semelhança entre os produtos, maior o prejuízo para os consumidores que os têm como primeira e segunda opções, não lhes restando outra alternativa.

12. Documentação e informações necessárias à análise da integração

O processo de avaliação do mercado e de seus partícipes, com vistas à autorização do ato de concentração, é complexo e requer a coleta das necessárias informações que, analisadas cuidadosamente, permitirão uma fundamentação sólida da decisão do CADE que autoriza ou veta a transação.

As autoridades que atuam no processo de avaliação dos atos de concentração dispõem de competência legal para solicitar as informações que se fizerem necessárias, obedecido o sigilo legal, quando for o caso. Por outro

lado, muitas das informações relativas ao setor industrial a que pertencem as partes da transação são fornecidas em publicações especializadas, algumas organizadas pelas próprias entidades de classe.

A relação abaixo contém uma parte substancial das informações e documentos que interessam ao exame dos casos de integração. Com o propósito meramente didático, o conjunto instrumental necessário à análise dos atos de concentração foi dividido em duas classes: documentação pertinente às partes da transação e informações sobre o mercado relevante.

12.1 Documentos pertinentes às partes da transação

1. Relação dos acionistas com direito a voto (pessoas físicas e jurídicas), inclusive estrangeiros, indicando, nesse caso, o representante no Brasil com poderes expressos para receber citações em ações eventualmente propostas pelo CADE.

2. Estatuto social das partes e de suas subsidiárias e controladoras, com as modificações atualizadas.

3. Relação de todas as pessoas jurídicas em que os acionistas referidos no item anterior detenham ações com direito a voto ou o poder de indicar diretores, gerentes ou administradores, ou que auferam 50% ou mais dos lucros da empresa. Deverão ser agregados dos dados referentes aos cônjuges e aos filhos menores.

4. Cópias das atas das assembléias gerais realizadas nos últimos dois exercícios.

5. Cópia de todo e qualquer acordo de acionista porventura existente, ainda que não registrado.

6. Cópia do protocolo de fusão ou incorporação.

7. Cópia das atas das assembléias que deliberam sobre a fusão ou incorporação.

8. Cópia do laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade especialmente elaborado para a transação.

9. Declaração sobre possíveis pendências com credores da empresa adquirida.

10. Cópia da certidão de arquivamento do ato na Junta Comercial.

11. Publicação do ato.

12. Demonstrações financeiras de dois últimos exercícios sociais, aprovados pela assembléia geral e acompanhadas das notas explicativas.

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de lucros ou prejuízos acumulados;
- c) demonstração do resultado do exercício;
- d) demonstração da origem e aplicações dos recursos.

12.2 Informações sobre o mercado relevante

1. Relação das empresas participantes, informando a participação relativa de cada uma e os respectivos faturamentos brutos, de acordo com o último balanço anual.

2. Mercados locais e regionais onde opera cada empresa.

3. Relação dos produtos que cada participante produz.

4. Grau de concentração.

5. Peculiaridades do mercado.

6. Grau de diferenciação e substitutibilidade dos produtos.

7. Sistema de distribuição utilizado pelas empresas.

8. Tecnologias implantadas nos últimos cinco anos no processo de produção.

9. Patentes e outros direitos de propriedade industrial.

10. Concessões, autorizações e permissões.

11. Características das transações realizadas (contratos de longa ou média duração, prazos de faturamento e entrega, etc.)

12. Fontes de matéria prima.

13. Grau de exposição à concorrência no mercado internacional.

14. Tarifas e demais encargos incidentes sobre as importações.

15. Subsídios eventualmente concedidos.

16. Linhas de crédito a juros mais vantajosos do que os do mercado financeiro, abertas por instituições de governo em qualquer nível e empréstimos concedidos com essas características.

17. Capacidade de produção de cada uma das empresas e capacidade ociosa.

18. Grau de verticalização de cada uma das empresas.

A relação dos documentos e informações acima oferecida não é exaustiva, servindo apenas como orientação geral. As características próprias do mercado relevante e da transação objetivada pelas partes exigirão, certamente, a análise de outros dados aqui não mencionados.

INTEGRAÇÃO DE EMPRESAS: CONCENTRAÇÃO, EFICIÊNCIA E CONTROLE

	Horizontal		Escalas de Produção
	Fusão		Desenvolvimento de Processos
	Incorporação	Objetivos	Produtivos
	Acordos		Eficiências Operacionais
			Independência tecnológica
			Redução de Custos
	Vertical	Objetivos	Maior Produtividade
Integração			Controle da Qualidade
	Ingresso		Matéria Prima
	Aquisição		Distribuição
	Contrato		
			Eficiência
		Benefícios	Custos
			Preços
			Novos Mercados
		Objetivos	Diversificação
			Diluição de Riscos
	Conglomerado		
			Reciprocidade
			intangibilidade
		Desvantagens	Má Performance
			Recusa de vendas

	1. Conceito	
		Maiores Empresas
	2. Aferição	
		HHI
		Condutas Abusivas
Concentração		Conluio
	3. Estrutura	Alocação Ineficiente
	x	Preços Altos
	Conduta	Propaganda Excessiva
		Barreiras
		Demora em inovar
		Má distribuição da riqueza

Princípios Constitucionais			
	Lei antitruste		Econômicos
Livre Concorrência		Objetivos	Políticos
Livre Iniciativa			
	Tutela Jurídica		Sociais

	Assegurar concorrência efetiva no mercado oligopolítico
	Prevenir acordos restritivos

Eficiência	Prevenir abuso de posição dominante
(Pressuposto)	Controlar atos de concentração
	Proteger os pequenos

		1. Prevenir criação do poder de mercado			
	Objetivos				
		2. Inibir o aumento do poder de mercado			
		Monopólio			
ATOS		Condições	Quase-monopólio		
DE			Cartel		
CONCENTRAÇÃO			Demanda Inelástica		
		Participação relativa			
			Concorrência		
			Atual		
	Poder de			Custos	
	Mercado	Avaliação	Estrutura	Concorrência	Acesso ao capital
				Potencial	Diferenciação do Produto
				(Barreiras)	Integração vertical

					Avanço Tecnológico
				Custo/Preço	
			Desempenho	Oferta/Demanda	
				Inovação Tecnológica	

		1. Aumento da produção	
		2. Melhoria da qualidade	
	Requisitos	3. Eficiência	Eficiências
ATOS DA CONCEN TRAÇÃO	alternativos	4. Desenvolvimento tecnológico	
		5. Desenvolvimento econômico	
	Requisitos	1. Qualquer dos requisitos de 1 a 5	
	cumulativos	2. Não eliminação substancial da concorrência	
		3. Observação dos necessários limites para alcançar os objetivos	

	Atos que impliquem participação de empresas que detém 20% do M.R.
Presunção de limitação à concorrência	
	Atos em que qualquer das partes tenha obtido faturamento igual ou superior a 100 milhões de UFIR

	1. Critério da participação relativa
	2. Critério do faturamento bruto
	3. Critério do poder de mercado
Critérios de	4. Critério de entrada
avaliação e	5. Critério de eficiência
concentração	6. Critério da permanência
	7. Critério de eficiência social
	8. Critério dos efeitos

		Controladora	
	Identificação		
	das partes		
		Controlada	
		De produto	
	Mercado relevante		
Etapas da		Geográfico	
avaliação			
		Concorrentes atuais	
	Participantes		Substituição
		Concorrentes	e
		potenciais	Extensão
			de
			produto

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BAIN, S. Joe - Industrial Organization, 27-31, in Trade Regulation Cases and Materials, 3rd Ed. - University Casebook Series, Feb 1990.

DIXIT, Avinash - Imperfect Competition and Public Policy Recent Developments in Oligopoly Theory - American Economic Review, v. 172 (may 1982), 12-17.

EISNER, Marc Allen - Antitrust and the Triumph of Economics Institutions, Expertise, and Policy Change. University of North Caroline Press, 1991.

FEDERAL TRADE COMMISSION, Introductory Guides to the Premerger Notification program, Guides I and II January 1991.

FEJO, Jens - Monopoly Law and Market, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1990.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, FRANCESCHINI J. L. de Azevedo - Poder econômico: exercício e abuso. Ed. Revista dos Tribunais, S.P., 1985.

FRAZER, Tim - Monopoly, competition and the law: the regulation of business activity in Britain, Europe and America, second edition, Harvester Whearshaeaf, 1992.

GELLHORN, Ernest - Antitrust Law and Economics, 3rd edition, West Publishing Co., St. paul, Minn., 1986.

HOWARD, C. Marshall - Antitrust and Trade Regulation - Selected Issues and case studies, 1983, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N.J.

HOVENKAMP, Hervert - Antitrust, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1986.

MARKOVITS, S. Richard - University of Texas, Austin. Journal of Law and Economics, vol. XXVIII (May 1985).

POSNER, Richard - The Theory of Monopoly, in Economic Analysis and Antitrust Law, 2nd Ed. p.15/28, Little Brown and Company, 1988.

SHIEBER, Benjamim M. - Abusos do poder econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos Estados Unidos). Ed. Revistas dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1966.

SULLIVAN, Lawrence Antony - Antitrust, West Publishing Co., 4th Reprint, 1990.

SCHWARTZ, Marius Schwartz and Robert J. Reynolds -
Contestable Markets. An uprising in the Theory of Industry Structure
Comment - American Economic Review, vol. 73, June 1983 - 488-490.

