

****EN ESTE BOLETÍN N° 3-B VEASE SOLAMENTE BRASIL (DOCUMENTO SEPARADO -BOLETÍN N° 3-A- PARA LAS RESTANTES RUBRICAS DEBIDO AL NUMERO DE BYTES)**

**BRASIL :	COMPETITION POLICY IN BRAZIL AND MERCOSUR: ASPECTS OF THE RECENT EXPERIENCE	
	Por: Gesner Oliveira	2
	AS AGÊNCIAS EXECUTIVAS E O CONTROLE DA CONCORRÊNCIA	
	Por: Walter Douglas Stuber e Flávio Augusto Dadalto Armani	23
	BREVES NOTAS SOBRE A POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO	
	Por: Paula A. Forgioni	30

EN EL BOLETÍN N° 3-A :

EDITORIAL

ARGENTINA:

REGULACIÓN ANTIDUMPING: UN ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO EN LOS AÑOS NOVENTA

Por: Ricardo Delgado

COLOMBIA:

SOBRE LAS LIMITACIONES DE LA LEY A LA LIBERTADE CONÓMICA

Por: Margarita Alarcón Carrillo

MÉXICO:

PRÁCTICAS VERTICALES EN MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ: UN ANÁLISIS COMPARATIVO EN EL CONTEXTO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Por: Gunnar Niels y Greta Spota

PERU:

QUINTO ANIVERSARIO DEL INDECOPI

Por: Indecopi

EL NUEVO MARCO DE COMPETENCIA Y COMERCIO EXTERIOR EN EL PERU

Por: Armando Cáceres V. y Gonzalo Ruiz D.

VENEZUELA:

OLIGOPOLIOS EN VENEZUELA - UN PLANTEAMIENTO COMPARATIVO

Por: Juan Carlos Andrade

OEA:

POLITICAS DE COMPETENCIA EN LA CONSTRUCCION DEL AREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMERICAS

Por: Luis Tineo

UNIÓN EUROPEA:

COMUNICACION DE LA COMISION SOBRE LA DEFINICION DEL MERCADO RELEVANTE A LOS EFECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Por: Antonio Creus Carreras y Natalia Lacalle Mangas

A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA: O DESAFIO DA GLOBALIZAÇÃO E DO ALARGAMENTO

Por: Nuno Ruiz

REGIMEN DE LOS MONOPOLIOS LEGALES EN EL TRATADO CE Y SITUACION ACTUAL

Por: Ramón Carmona

EL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA MEDIANTE LAS AYUDAS ESTATALES CON FINALIDAD REGIONAL : UNAS NUEVAS DIRECTRICES MÁS ESTRUCTURADAS Y RIGUROSAS.

Por: José Luis Calvo de Celis

DERECHO DE LA COMPETENCIA, JURISDICCION Y EXTRA-TERRITORIALIDAD: EL CASO BOEING / MCDONNELL DOUGLAS

Por: Fernando Ponz

COMPETITION POLICY IN BRAZIL AND MERCOSUR: ASPECTS OF THE RECENT EXPERIENCE

Por : Gesner Oliveira¹
e-mail : gesner@mj.gov.br

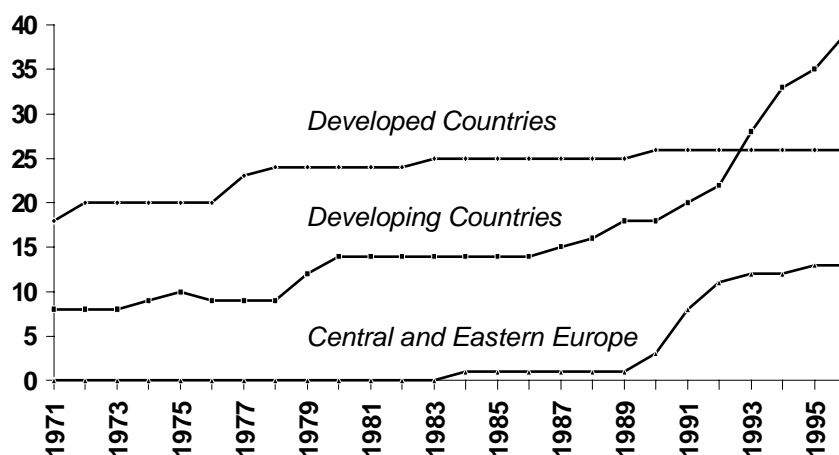
PAPER DISTRIBUTED AT THE
BRAZILIAN ANTITRUST ROUNDTABLE / SYMPOSIUM
MIAMI - USA

1. Introduction

The last decade has been characterized by the dissemination of competition laws throughout various jurisdictions, specially in developing countries. According to the 1997 Unctad World Investment Report, more than seventy nations have now competition laws, in contrast with less than forty in the eighties.

Table 1 shows such development which has been particularly intense in Eastern Europe. Table 2 illustrates that a new wave of competition laws is taking place in the nineties, involving a larger number of countries than in the previous ones of the turn of the last century and of the immediate postwar period.

Table 1
Number of Countries With Competition Laws



SOURCE: CNUCED, *World Investment Report 1997*, p.189

¹ Gesner Oliveira is president of CADE (Brazilian Competition Agency) and Professor of Economics at Getúlio Vargas Foundation. I am thankful to Marcelo Nishimoto, Evelyn Celso, Cesar Mattos, Thomaz Jensen and colleagues at CADE for comments and discussion. All the opinions expressed in this paper are of my entire responsibility and do not reflect necessarily CADE official positions.

Table 2
National Competition Laws

PERIOD	COUNTRIES
1890-II World War	United States, Canada and Australia.
After II World War	Germany, European Union, United Kingdom, Japan, Sweden, France, <u>Brazil (1962)</u>, Argentina, Spain, Chile, Colombia, Thailand, India, South Africa and Pakistan.
1980...	Kenya, Sri Lanka and Korea.
1990...	Russian Federation, Peru, Venezuela, Mexico, Jamaica, Czech Republic, Slovakia, Côte d'Ivoire, Bulgaria, Kazakhstan, Poland and initiatives in many other countries.

SOURCE: Information from Khemani and Dutz (1995), Boner and Krueger (1992), Boner (1995) and Rowat (1995).

The evidence of Tables 1 and 2 shows that competition policy becomes more important with globalization and not the contrary as sometimes argued. Notwithstanding the radically different historical contexts, competition policy tends to gain increasing importance in developing countries.

The objective of this paper is to provide an overview of the situation of competition policy in Brazil and Mercosur. Section 2 proposes an ideal timetable for implementation of competition policy in a developing country.

Section 3 puts more than three decades of the Brazilian experience in historical perspective. Section 4 discusses the present agenda. Section 5 provides a brief description of the discussions about competition policy in Mercosur with emphasis on the Fortaleza Protocol. A final section points out the priorities for Brazil and Mercosur in the next few years.

2. A Timetable for Implementation of Competition Policy

The implementation of competition policy requires time, cultural change and investment in adequate institutions. Therefore it is not surprising that competition laws and enforcement vary widely across countries.

Despite this historical nature of competition policy, it is useful for analytical purposes to identify a sequence of evolutionary stages which could serve as a reference for comparisons among different countries.

There are two extreme positions to be avoided in implementing competition policy in emerging economies. The first is to do it so slowly that the necessary changes do not occur. Indeed, lack of competition can make other reforms such as privatization and deregulation, less effective, besides posing difficulties for subregional integration.

The second one is to try to implement it too quickly and without the necessary attention to the peculiarities of the country, and most importantly, to the limited budgetary resources. Overactive and underfunded competition agencies might end up creating additional transaction costs to the private sector rather than helping the market. The above considerations show the importance of defining priorities and setting a plan for institutional building. Table 3 contains a useful timetable to serve as a reference for governments.

Table 3
Timetable for Implementation of Competition Policy

STAGE LEVEL	I	II	III	Institutional Maturity
NATIONAL	1. Competition Advocacy 2. Repression of Horizontal Agreements 3. Technical Assistance	I + 4. Merger Control + 5. Vertical Agreements	II + 6. Regulation + 7. International Cooperation Agreements	III + 8. Second - Generation International Agreements + 9. Pro-Active Competition Advocacy
REGIONAL	Harmonization Agenda	Transformation of Antidumping into Competition Policy		
MULTILATERAL	Core Principles			

The sequencing proposed is based on a simple idea inspired by Khemani and Dutz (1995) and Khemani (1997, p. 26-27). The agency should start with the actions which most likely benefit the market. Gradually it would introduce measures which require more sophisticated cost/benefit analysis.

2.1 The Four Stages of Institutional Development

It is possible to identify nine lines of action distributed in four stages of implementation of competition policy.

Stage I:

At the beginning the competition agency should focus on three lines of action:

- i) competition advocacy
- ii) horizontal agreements with emphasis on price cartels
- iii) technical assistance from other agencies and multilateral organizations.

Stage II:

In addition to the lines of action of Stage I, the following points should be introduced:

- iv) merger review system
- v) control over vertical arrangements

Both require careful examination because they usually involve costs and benefits. The impact upon social welfare is not easily calculated.

Stage III

In addition to the previous ones, two lines of action should be introduced, both requiring a great effort in terms of inter-institutional coordination.

- vi) cooperation with the regulatory agencies
- vii) cooperation with competition agencies of other countries

The difference between points vii) and iii) is that at later stages of institutional development there should be a greater concern with harmonization of practices and conceptual framework on a more bilateral basis as opposed to the mere technical assistance of Stage I.

Stage IV

Institutional maturity is achieved when, in addition to the previous lines of action:

- viii) the agency is able to coordinate with agencies of other national jurisdictions in order to enforce the extraterritoriality clause.

ix) the culture of competition is sufficiently disseminated that it is possible to implement a proactive competition advocacy.

The difference between ix) and i) is that, at the earlier stages, competition advocacy should focus on less ambitious tasks such as the mere explanation to the private community of the elementary characteristics of competition law and the need to change attitude towards antitrust matters. This is particularly important for regions which have had a lasting experience of state intervention such as Eastern Europe and Latin America.

In contrast, proactive competition advocacy means a more pervasive role of the competition agency in giving opinions about competitive impacts of various types of legislation. Analogously with the environmental issues in more mature jurisdictions, one would expect competition matters to be taken into consideration in an increasing number of areas.

The stages suggested in Table 3 are organized according to the degree of difficulty authorities face in undertaking cost/benefit analysis of the impact of competition measures. Merger review comes after conduct control due to the fact that the welfare effect of a merger might be less clear than that of a price cartel, the latter being unequivocally welfare reducing.

However, it might well be the case that legally sound repression of price cartels turns out to be more difficult than the implementation of a merger review system. In fact, it is generally easy to assess the microeconomics impact of a cartel but it is hard to fulfill the requirements for an acceptable standard of proof for the courts.

2.2 The Regional and Multilateral Levels

Competition Policy and the Regional Blocks

The agenda of the regional blocks have usually dealt with two issues. First, the harmonization of the national competition laws, which includes the creation of a new legal framework in certain countries as in the case of some of the Eastern European nations.

Second, the member states have to negotiate the transformation of the antidumping rules into competition ones. This is no trivial question neither theoretically nor politically, but it is one that has to be coped with in order to stimulate trade within the block.

Competition Policy and the WTO

Such transformation does not seem to be realistic at the present world level. Any kind of international code or legislation in competition seems to be premature given the wide diversity of experiences and stages of development of the members of WTO.

The definition of general guidelines in regard to the prerequisites that a national law has to have to provide legal certainty to private agents seems to be the relevant agenda at the multilateral level. It would be useful to establish what the WTO considers to be the core principles of competition policy.

2.3 Globalization and Competition Sequencing

Note that countries do not necessarily follow the sequence suggested in section 2.1. Indeed, due to the many different historical circumstances it would be difficult, if not impossible, to find a single country which applied Table 3. And yet the latter continues to serve as a useful reference for competition authorities.

Analogously to the industrialization process, the more recent the national experience with competition policy, the faster the pace of implementation of the sequence of stages indicated in Table 3 and/or the more frequent the overlapping among those phases, making the sequence converge towards a simultaneous implementation.

3. Aspects of the Brazilian Experience

The discussion of Section 2 is useful to situate the Brazilian experience. Despite some difficulties, Brazil has had an impressive development in competition policy in comparison with other emerging economies.

In terms of the sequence proposed in Table 3, Brazil has done most of the lines of action of Stages I and II and is now entering Stage III. However, Section 3.2 reveals the need to consolidate some relevant points of the earlier

stages. Given the rapid integration with the global economy, as pointed out in Section 2.3, the catching up will coincide with the undertaking of the new agenda of Stage III, as discussed in Section 3.3.

Before turning to those discussions it is useful to provide an overview of the Brazilian legislation in competition policy.

3.1 An Overview of the Brazilian System

Considering the high degree of state intervention during the most part of the import-substitution industrialization of the twentieth century, the Brazilian legislation in competition is precocious. CADE was created back in 1962 and has already acquired some tradition.

Tables 4, 5 and 6 contain the relevant information. Table 4 shows the two distinct trends in the legislation dealing with market regulation in Brazil as well as in many other developing countries.

Table 4
Ruling the Market in Brazil: Two Major Trends

LEGAL PIECE	DATE	CONSTITUTIONAL REFERENCE	AGENCY	TRENDS		
				PROTECTION OF POPULAR ECONOMY	TRANSITION	COMPETITION POLICY
DL # 869	11/18/38	CF 1937, Art. 141				
DL # 7666 "Law Malaia"	06/22/45		Administrative Council for Economic Defense (CADE)			
LAW # 1521	12/26/51					
LAW # 1522	12/26/51		Federal Commission of Supply and Prices (COFAP)			
LAW # 4137	09/10/62	CF 1946, Art. 148	Administrative Council for Economic Defense (CADE)			
LAW # 4	09/26/62	CF 1946, Art. 146	National Superintendency of Supply (SUNAB)			
DL # 52025	05/20/63	Regulates Law # 4137				
DECREE # 63196	08/20/68	CF 1967, Art. 83, II Revoked in 25/04/91	Interministerial Council of Prices (CIP)			
DL # 92323	01/23/86	Revokes DL # 52025 Regulates Law # 4137				
DL # 99244	05/10/90		National Secretariat of Economic Law (SNDE)			
LAW # 8137	12/27/90	Return to the configuration of acts against economic order as				

		crimes				
LAW # 8158 (MP # 204/90)	01/09/9 1		Secretariat of Economic Law (SDE)			
LAW # 8884	06/11/9 4	CF 1988, Art. 170 and 173	Transforms CADE in autarchy			
LAW # 9021	03/30/9 5	Implementation of the autarchy created by LAW # 8.884/94				
LAW # 9069	06/29/9 5	Alters the Law # 8.884/94				
LAW # 9470	07/10/9 7	Increases paragraph to the art. 4th. Of the Law # 8.884/94				

The first is characterized by significant direct intervention in the market for the purpose of protecting the so-called “popular economy”. As shown in Table 4, this type of legislation dates back to the thirties. It is a corollary of the state intervention in other areas of the economy.

Indeed, when import tariffs were high, subsidies prevailed in many sectors and government regulated the most important macro prices, it was natural that prices had to be controlled. This trend was predominant until the late eighties as indicated in Table 5.

Table 5
Main Periods of Market Regulation in Brazil

PERIODS TREND	1937-1988	1989-1994	1994-
	PROTECTION OF POPULAR ECONOMY		TRANSITION PERIOD
COMPETITION POLICY			

Three important changes occurred thereafter:

- i) a significant trade liberalization program bringing import tariffs down from an average of more than 50% to approximately 13% and eliminating several non tariff barriers;
- ii) privatization and deregulation of a number of important sectors of the economy;
- iii) and lastly, a stabilization plan in the period 1993-94 which succeeded in coping with the four-digit inflation process which had undermined the macro performance of the country since the late seventies.

After the transitional period indicated in Table 5, those changes made the “protection of the popular economy” anachronistic and the second trend of legislation became predominant (see Table 5).

Table 6 compares the three most important pieces of legislation in competition policy since 1962. In June of 1994 the Law 8884 was passed introducing a few changes more in line with the international trends in antitrust regulation:

- i) CADE was given more autonomy from the central administration and its members gained a fixed two-year term renewable once;
- ii) the merger review system was perfected in a number of ways and was put in practice for the first time.

Table 6
Brazilian Competition Laws since 1962

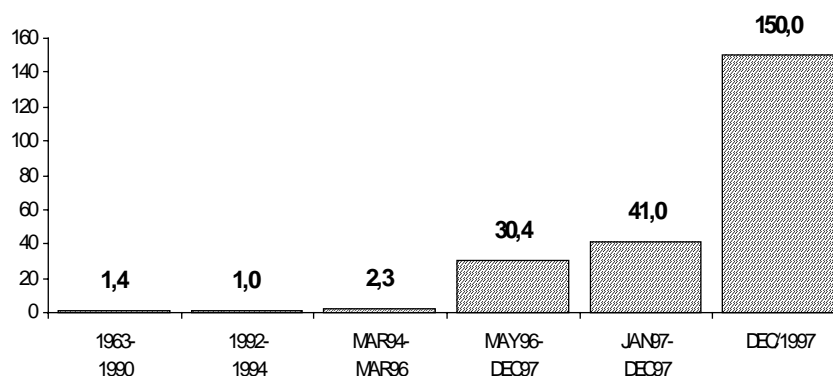
<i>LAW</i>	<i># 4 1 3 7 (1962)</i>	<i># 8 1 5 8 (1991)</i>	<i># 8 8 8 4 (1994)</i>
<i>Characteristics</i>			
<i>Competition Bodies</i>	<i>C A D E</i>	<i>S N D E C A D E</i>	<i>C A D E S D E S E A E</i>
<i>Scope</i>	<i>Conduct</i>	<i>Conduct</i>	<i>Conduct Structure</i>
<i>Degree of Autonomy</i>	—	—	<i>CADE becomes an independent agency; CADE members have a two-year mandate</i>

3.2 The Need to Consolidate Stages I and II

Different from the majority of the emerging economies Brazil already has a reasonable number of administrative decisions, specially in the recent period.

Table 7 shows the evolution of the number of decisions per month. In 1997 the average number of decisions per month was roughly seventeen times that of the previous commission in 1994-96. More than half of all CADE decisions were taken in the last twenty months.

Table 7
Number of CADE Decisions per Month



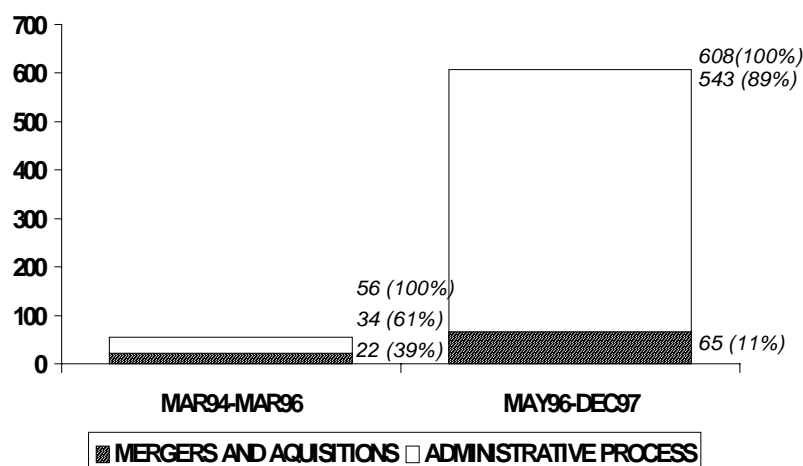
SOURCE: CADE.

However, those statistics should not lead to an underestimation of the importance of the early experience of CADE. Indeed, one can find a rich doctrinal debate as well as a few useful precedents for most of classic types of horizontal and vertical agreements. It is also noteworthy the fact that a professional community dedicated to antitrust developed in a few cities of the country.

Table 8 provides information about the composition of the decisions breaking it down to conduct and merger cases. Numerically, there is now a predominance of conduct cases vis-à-vis merger review cases; the latter represented 39% of the total in the first two years of implementation under the new law as opposed to 11% in the last twenty months. This excessive emphasis on merger cases in detriment of conduct seems to have happened in other jurisdictions and may be attributed to various factors discussed elsewhere².

² See Oliveira (1997).

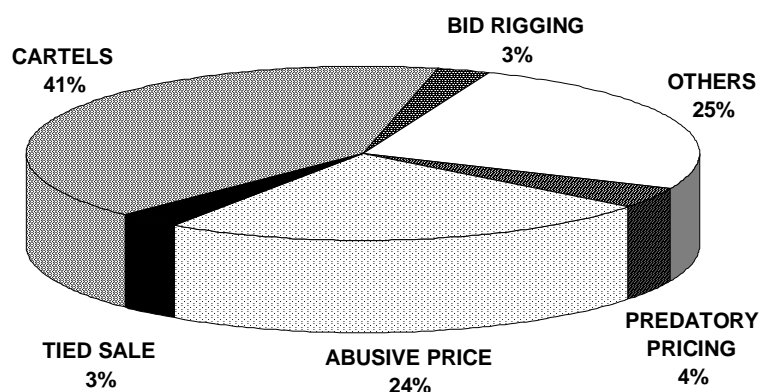
Table 8
Composition of CADE Decisions: Conduct versus Structure in the Period 1994 -1997



SOURCE: CADE.

Table 9, which shows the composition of the conduct cases reveals what could be considered an old-fashioned feature of the Brazilian system. The high percentage of “abusive price” cases suggests the frequency with which authorities in the past tried to use the competition law to repress what was perceived as an abuse but very often was a macro result of the inflationary process.

Table 9
Types of Conduct Cases



SOURCE: CADE.

The vast majority of the conduct cases in the recent period has been terminated without the imposition of any penalties. In most cases the evidence was not sufficient to continue the prosecution and elementary aspects of the due process of law were not respected. Two points derive from this fact:

- i) In countries with a past of strong state intervention this may be frequent as well as desirable. In fact, the termination of a number of old cases is positive to the extent that previous arbitrary state actions are no longer

causing uncertainty. This is particularly true in regard to numerous cases involving privatized companies which had been kept under investigation until last December³.

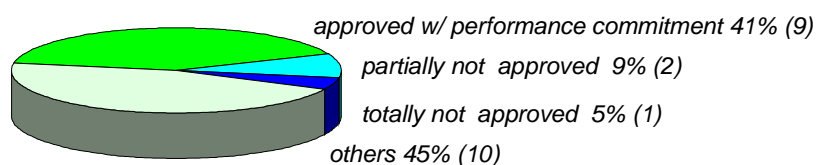
ii) It is urgent to build investigative capacity for which material and specially human resources are badly needed.

With regard to mergers some results are noteworthy:

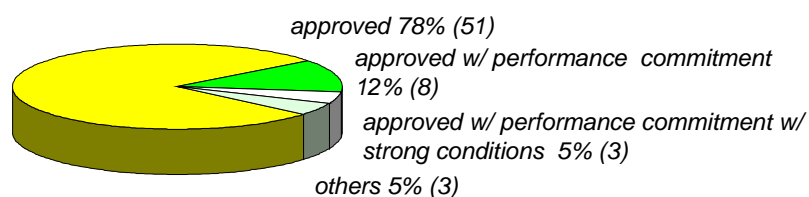
- compared to other developing countries, the number of decisions (87) as well as the content of the rulings already reveals some accumulated experience;
- as Table 10 shows, the rate of disapproval in 1994-97 is relatively low and not much different from more mature jurisdictions (6%);
- as Table 11 shows, most of the transactions are undertaken by foreign companies;
- and most of them are acquisitions of Brazilian companies, as illustrated by Table 12;

Table 10
Mergers and acquisitions by type of decision

June of 1994 - March of 1996



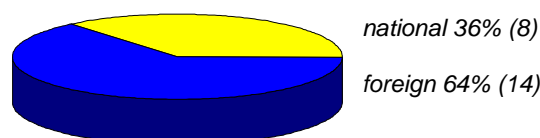
May of 1996 - December of 1997



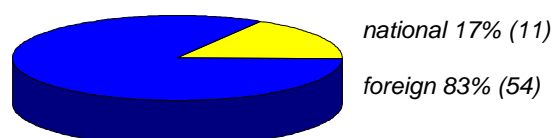
SOURCE: CADE.

Table 11
Mergers and Acquisitions by Origin of Capital

June of 1994 - March of 1996



May of 1996 - December of 1997

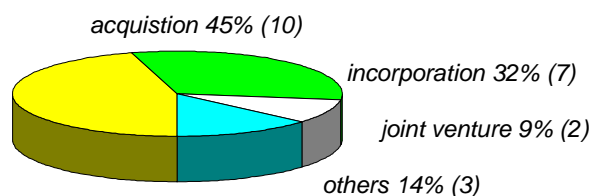


SOURCE: CADE.

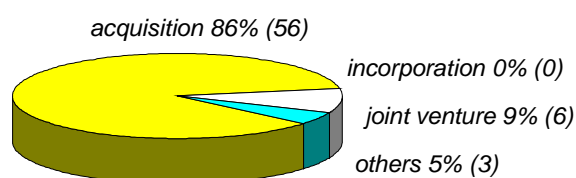
³ Table 19 shown ahead contains a list of the relevant cases.

Table 12
Mergers and Acquisitions by Type of Operation

june of 1994 - march of 1996



may of 1996 - december of 1997



SOURCE: CADE.

One of the major difficulties with merger control in Brazil is the fact that most of the operations are notified *a posteriori*, a possibility permitted by the Brazilian law. In more than 95% of the cases, CADE examines the merger only after the fact which makes it much more costly for the authority to challenge the transaction.

Although a change in the law in this particular point will be necessary in the future, a more serious problem is the relatively long period of time that has been required on average to analyze a merger.

In order to speed up the decision process a change in regulation was introduced in 1996 through Resolution # 5. Tables 13, 14 and 16 compare the systems before and after Resolution # 5. The basic idea was to create a fast-track procedure for cases which can be considered simple and are most likely to be approved.

One of the peculiarities of the Brazilian system as shown in Table 6 is that two different secretariats - SDE and SEAE - give opinions before CADE decision is taken. Thus increasing efficiency requires better coordination among CADE and the two other institutions.

Table 13
Merger Review Before Resolution #5

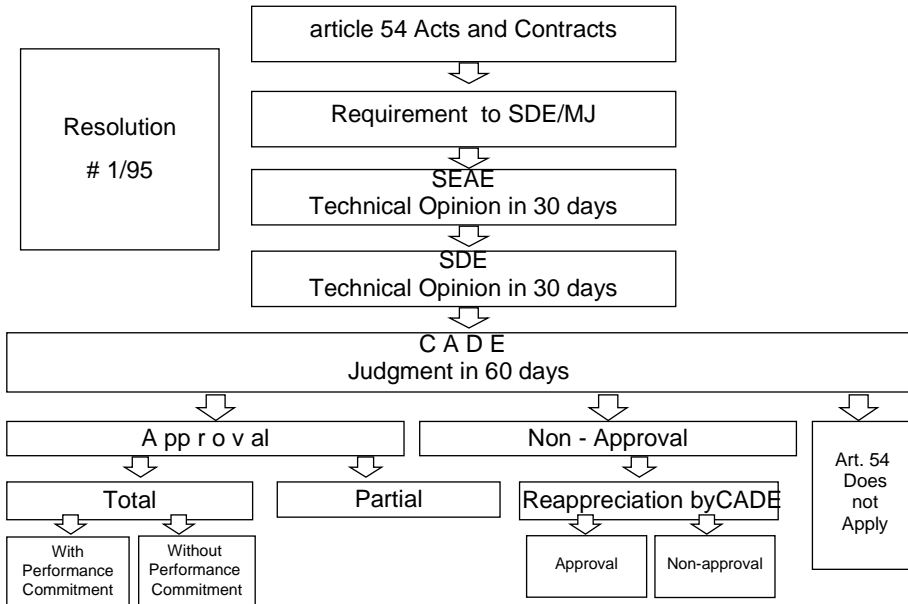


Table 14
Merger Review After Resolution #5

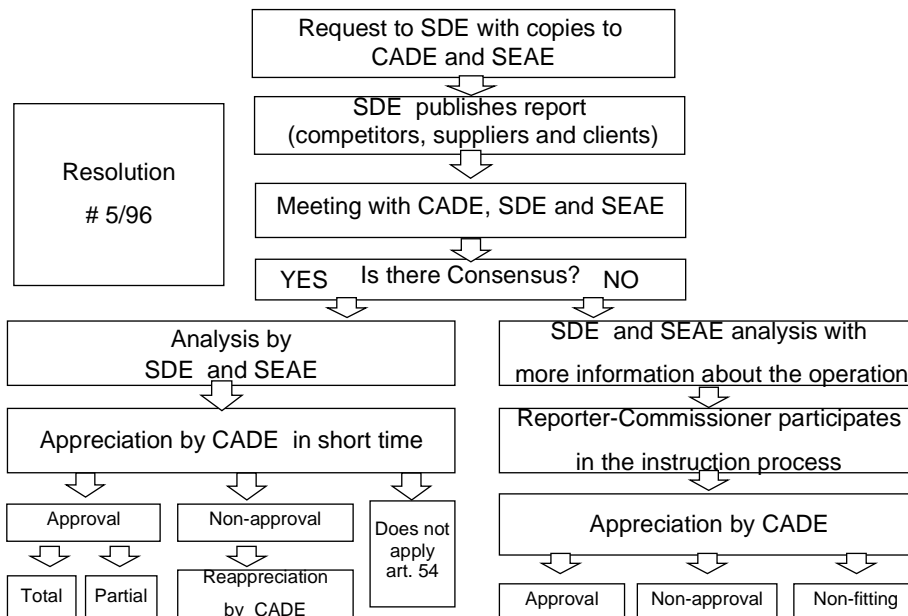
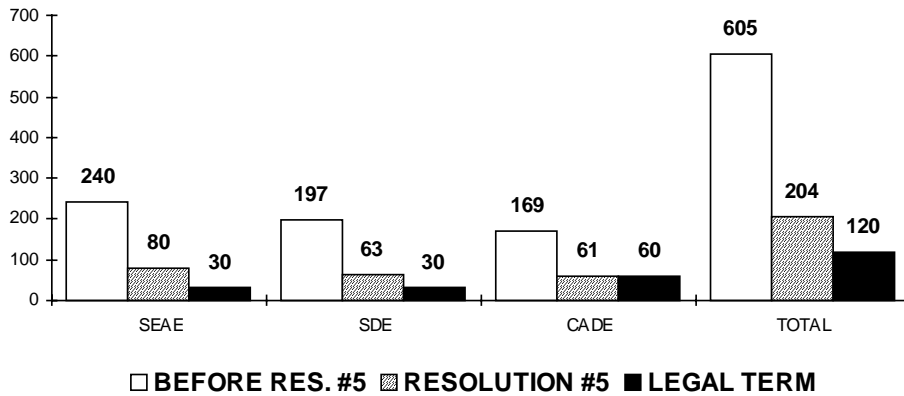
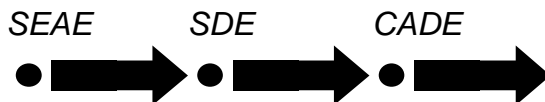


Table 15
Resolution # 1 versus Resolution # 5:
Speeding up the decision process



SOURCE: CADE.

Table 16
Basic Difference Between Res. # 1 and Res. # 5
Resolution # 1
Isolated Sequential Analysis



Resolution # 5
Integrated Rapid Analysis

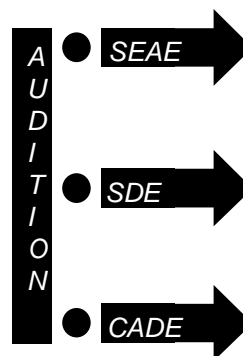


Table 15 presents the results obtained. The average time required to examine the operation went down from 605 days to 204 days. Despite the significant improvement, a seven-month period is definitely unsatisfactory given the pace of the economic decision process. Measures to cope with this problem are discussed at the final section.

3.3 Entering Stage III

Besides consolidating the lines of action of Stages I and II, Brazilian authorities have to prepare for the new challenges of a new model of development different from the old import substitution model and integrated in a global economy.

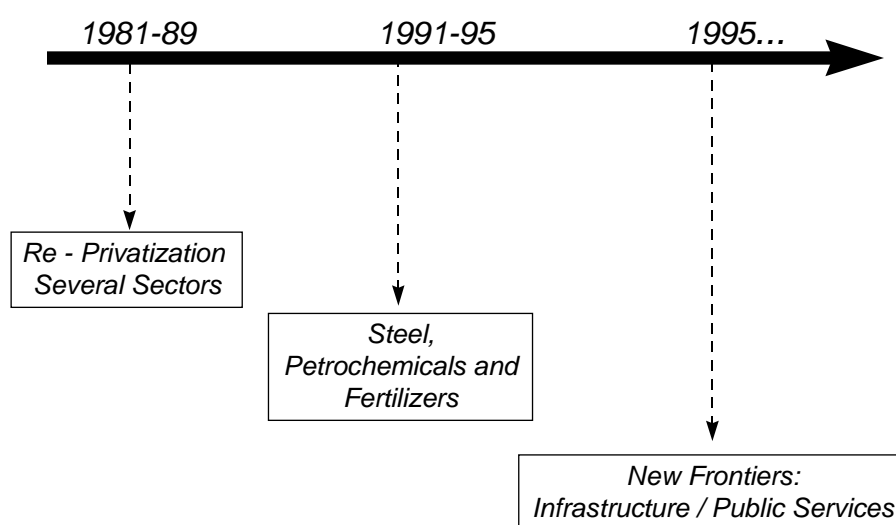
Two lines of action are particularly important in this new context, as pointed out in Table 3:
- privatization and the coordination between competition and regulatory authorities;

- cooperation with the other national jurisdictions.

Competition Policy, Privatization and Re-Regulation

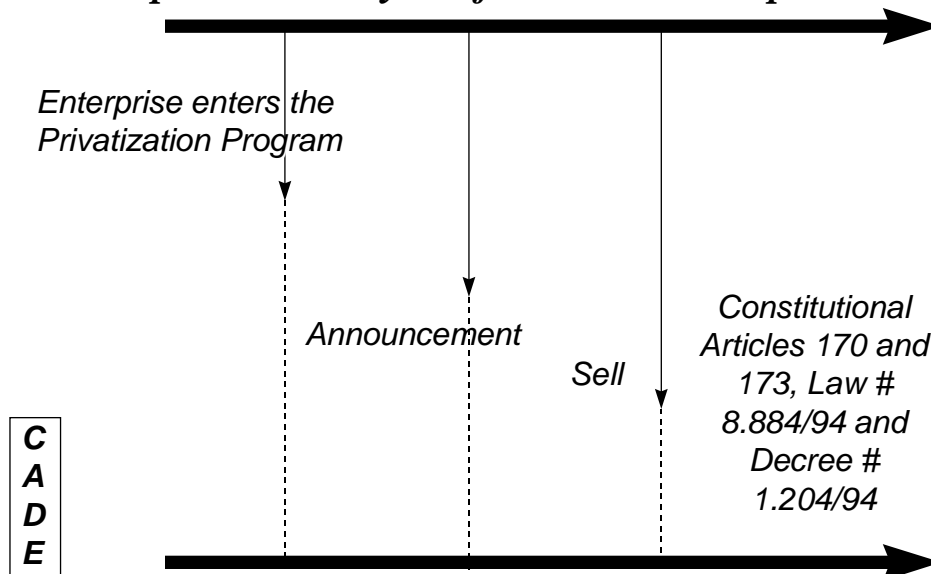
Table 17 indicates the major phases of the Brazilian privatization program. Although it started in the eighties it only became important after 1991 when major state companies were transferred to the private sector.

Table 17
Stages of the Brazilian Privatization Program



CADE has analyzed some of these operations in the light of Law 8884. Table 18 describes the major steps of the privatization of a firm. As with the private sector operations, the exam is typically made *a posteriori*. It is only after the firm is already privatized that the competition aspects of the transaction are scrutinized.

Table 18
Competition Analysis of Privatization Operations



Such a system could be improved with greater cooperation between competition and privatization authorities in the design of the steps previous to the final sale to the private sector. This has been achieved in the recent period through an operational agreement between BNDES and CADE.

Table 19 shows the list of privatization operations examined by CADE. As mentioned before, a number of cases has been terminated in the recent period diminishing uncertainty of private investors.

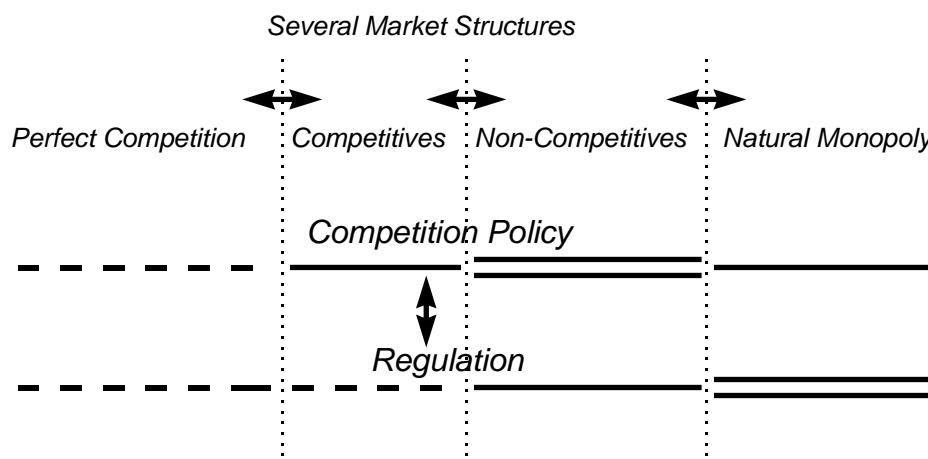
Table 19
Privatization Operations Submitted to CADE

COMPANY	NUMBER	STAGE
<i>Caraíba Metais Caraíba</i>	AC 29/95	<i>returned to SDE</i>
<i>Fosfértil e Ultrafértil</i>	AC 02/94	<i>approved under conditions</i>
<i>Petroflex</i>	020260/94-11	<i>terminated</i>
<i>Cia. Nacional de Álcalis</i>	020256/94-44	<i>terminated</i>
<i>Usiminas</i>	015932/94-59	<i>returned to SDE</i>
<i>Copesul</i>	020252/94-93	<i>under analysis</i>
<i>Poliolefinas</i>	020253/94-56	<i>terminated</i>
<i>CBE</i>	020254/94-19	<i>terminated</i>
<i>CSN</i>	020255/94-81	<i>terminated</i>
<i>Polisul</i>	020259/94-32	<i>terminated</i>
<i>Nitriflex</i>	020257/94-15	<i>terminated</i>
<i>Acesita</i>	020258/94-84	<i>terminated</i>
<i>PPH</i>	020261/94-84	<i>terminated</i>
<i>Ferrovia Centro-Atlântica</i>	AC 95/96	<i>under analysis</i>
<i>Malha Sudeste</i>	AC 108/96	<i>under analysis</i>
<i>Ferrovia Sul-Atlântica</i>	AC 115/97	<i>under analysis</i>
<i>Companhia Vale do Rio Doce</i>	AC 155/97	<i>under analysis</i>

Since 1995 the privatization program has included sectors which have been heavily regulated in the past under the assumption they were natural monopolies. With a new law for public concessions since 1995 and the amendments to the Constitution, it has been possible to create a new regulatory framework for these sectors.

The challenge for the near future is to implement cooperation between CADE and the newly formed regulatory agencies. A harmonious interaction will be crucial to avoid uncertainty for the private investors and assure a procompetitive regulation. Table 20 suggests the ideal division of labor between regulatory and competition authorities. Some of the specific legislation has incorporated this complementary role between the agencies such as in telecommunications.

Table 20
Frontiers Between Competition and Regulation



International Cooperation

There are obvious advantages in cooperating with other national agencies. Gains in terms of know-how and experience can be enormous.

However, there are two additional factors to consider in order to understand why international cooperation must become a priority at this point in time:

i) different from the jurisprudence of the sixties and seventies, there are more and more cases which not only present the same characteristics in the Brazilian market as well as in other markets; they constitute in reality a cross-border merger or a generalized conduct. Therefore, the potential for inconsistent decisions among different national agencies is high, which requires an increasing degree of coordination.

The search for consistency among various national jurisdictions is even more important due to the lack of an international code as discussed before.

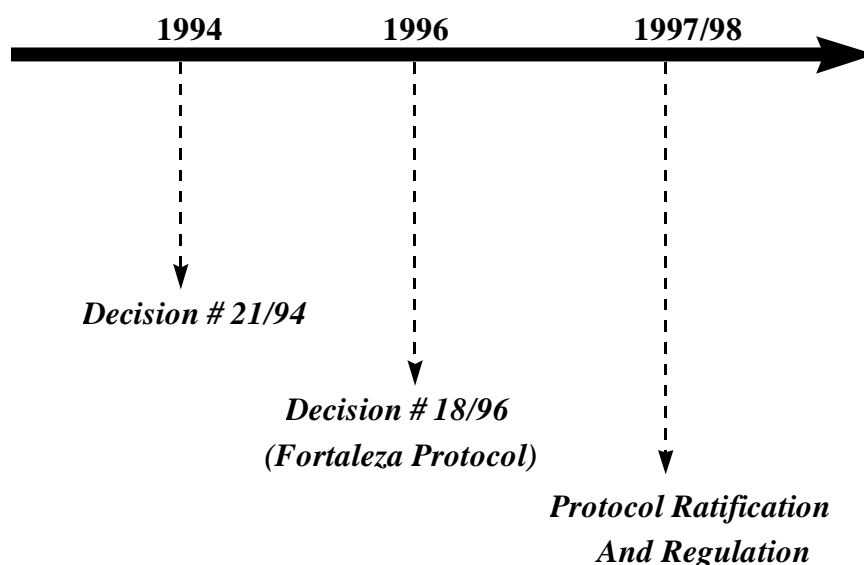
ii) the frequency of cross-border transactions poses the problem of transaction costs firms incur when they have to comply with so many applications and bureaucratic timetables. Efforts to harmonize particular requirements (e.g., for merger review) could be useful even without a more profound convergence in the legislation.

4. Aspects of the Mercosur Experience

The Fortaleza Protocol signed in December of 1996 bears great similarity with the Brazilian law and represented an important step in the formation of the Customs Union.

The Fortaleza Protocol resulted from a discussion process started with the harmonization agenda comprised in Decision 21/94, as indicated in Table 21.

Table 21
Competition Policy in Mercosur



As usually happens in documents of such nature, the Protocol may be improved in the future, mainly from its application and, in some cases, upon the proper regulation provided for in its article 9. It will start being enforced as soon as it is regulated and ratified by the national legislatures.

The document seems adequate in three points:

- adoption of the rule of reason avoiding the rigid criteria of *per se* illicit;
- incorporation, in article 7, of a timetable for the implementation of a merger review system within the regional block;

- cooperation mechanisms among the national competition agencies.

Challenges Ahead

However, there is still a long way to go in order to achieve an effective competition policy in Mercosur. As in other Latin American countries, the Mercosur members face two main challenges which transcend the mere harmonization of the legal texts.

Firstly, as in the case of Brazil, there is not a widespread culture of competition in the other Mercosur members. There is in fact less tradition in terms of antitrust legislation and jurisprudence.

The second challenge partially arises from the first. The public and private sectors are not equipped to assure compliance with the legal determinations. The legal and executive departments of the Mercosur companies do not know basic aspects of the competition legislation of the mature countries and of their own domestic markets. The public agencies lack sufficient human and material resources.

Such obstacles pose difficulties for the Protocol implementation. One of the most severe problems is the slowness in the decision making process. Relatively simple administrative claims take years to be settled, encumbering the companies and generating legal insecurity and bureaucratic opacity. It is urgent to adequate the rhythm of the competition agencies to the dynamism of the economic life; it is urgent to substitute the **economic time** for the “bureaucratic time”.

In addition to such challenges it is necessary to implement the competition legislation in a very different historical context from that which inspired the first legal texts of the USA and Canada and, after the Second World War, of the European Countries.

Indeed, the concern with the good functioning of the markets occurs at a moment of deep productive restructuring of small and medium-sized economies in a process of trade liberalization. The understanding of such phenomenon, as well as the flexible application of the national legislation are essential in order to make competition authorities accelerate and not delay the economic changes Mercosur economies are undergoing.

If the above description seems close to the realities of Brazil and Argentina, which already have applying legislation and national agencies, the challenges are even bigger in Uruguay and Paraguay, which do not have competition laws.

The Importance of Technical Cooperation

The importance of technical cooperation has already been emphasized before. It deals not only with the establishment of written rules, but also with the feasibility of its practical implementation.

This point constitutes one of the peculiarities of competition policy in comparison with the great majority of issues that form the sub-regional agenda. In contrast with the dealing that led to the Common Foreign Tariff, the case is not to define commitment intervals from objective parameters, or to establish standardization of procedures or measures, as it could be the case in several other Mercosur Technical Groups.

The integration success in the competition area requires not only similar rules, but convergence in its understanding. Such goal may only be achieved with the development of the jurisprudence and the permanent interaction among the competition agencies of the region.

In that sense, the cooperation that is being developed between CADE and the National Commission of Competition Protection of Argentina is crucial. Those two agencies agreed on a common work plan, involving the exchange of staff, organization of seminars and workshops and, most important, the discussion of common cases and the participation of observers in the sessions of both institutions.

Equally important are the initiatives, in the scope of the private sector, of approximation among antitrust professionals of Brazil and Argentina and other Countries, which could result in the formation of supra-natural association similar to the Brazilian Institute of the Competition and Consumption Relations (IBRAC) of Brazil.

A Few Guidelines for the Protocol Regulation

Several questions will have to be settled in order to consolidate competition policy in Mercosur, many of which shall already be approached in the occasion of regulation of the Fortaleza Protocol. Three points are worth mentioning:

Jurisdiction Delimitation

The task to unequivocally establish jurisdictional definition criteria to the national organisms, *vis-à-vis* the Intergovernmental Commission of Competition Policy (CIDC) is not trivial. It is noted that any uncertainty in such area may generate uncertainty with dissenting views on whether a process should be forwarded by means of the national agency or by the institutional channels provided for in the Fortaleza Protocol.

In certain litigations a jurisdiction could be used in opposition to another, as a way to appeal of a decision presumably unfavorable. Problems of such nature could naturally result in conflicts between Mercosur and national agencies generating legal uncertainty.

In order to avoid them, it is required:

- to establish clear methodological criteria for jurisdictional definition;
- to build competition policy upon the cooperation among national agencies, avoiding thereby undesirable rivalry among the latter and the Mercosur decision bodies.
-

“Economic Time” versus “Bureaucratic Time”

The protocol implementation could, should due care not be taken, aggravate the problems already existing in the national agencies.

Table 22 contains a description of the procedures of the Protocol. The information and decisions flow seem to be essential in the relations among:

- the national agencies and CIDC;
- CIDC and the hierarchical structure of Mercosur, particularly the Trade Commission.

Indeed, if the CIDC instructions are not issued with clarity and understood and assimilated in the national jurisdictions, there is high risk of lack of uniformity and delay. An excessive delay in the ratification of decisions *ad referendum* of CIDC by the Trade Commission would be equally worrisome.

Table 22
The Fortaleza Protocol

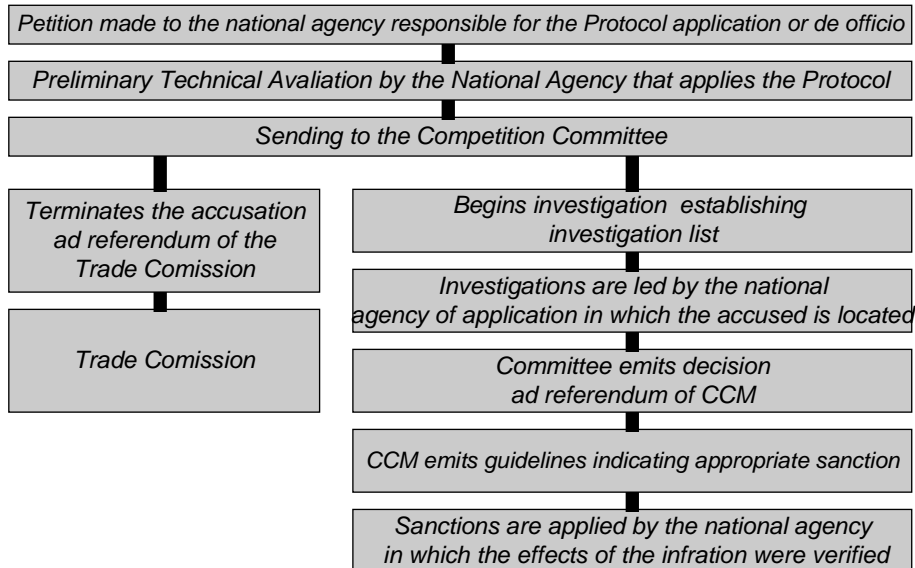
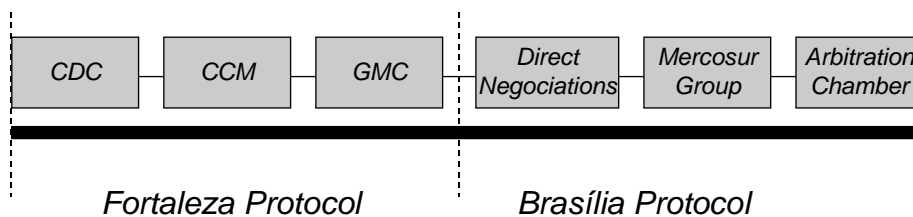


Table 23 shows the successive stages for dispute resolution. If proper routines are not created, it is reasonable to suppose that the resolution of competition questions may become slow.

The efficiency of the system will depend crucially on the capacity of the national bodies to be provided with the resources required to accelerate the administrative proceedings. Note that the arbitration chambers mechanism foreseen in the Brasília Protocol may constitute an useful mechanism of conflicts solution.

Table 23
Possible Decision Instances of the Fortaleza Protocol



Consensus Criterion Versus Judging Nature

There is a natural tension between the judging nature of CIDC and the adoption of the consensus criterion. The latter, however, constitutes the basic decision mechanism in the scope of the Customs Union.

Limit to the Degree of Autonomy

The inter-governmental nature of CDIC and its subordinated position in the Mercosur power structure prevents higher autonomy in the decision stage.

6. Perspectives of Competition Policy in Brazil: Towards Institutional Maturity

The previous sections suggest a few priorities for the competition authorities of Brazil and Mercosur.

With regard to Brazil, the agenda should include three major points:

1. Consolidation of Stages I and II:

- improvement of the investigative capacity in conduct
- improvement of merger control
- continue the work of competition advocacy with emphasis on the Judiciary

2. Entering Stage III

- operational agreements with the regulatory agencies
- systematic cooperation with other national jurisdictions

3. Institutional Building of CADE

- modernization of the internal rules
- staff training

With regard to Mercosur, in the past, the attraction of foreign investments derived mainly from the possibility of advantages in the domestic market associated with protection. However, the process of globalization changed such picture and all Mercosur economies were subject to comprehensive processes of financial and trade liberalization.

The difficulties pointed out in Section 4 are natural in the consolidation process of a Customs Union and do not justify skepticism about the Fortaleza Protocol. Four guidelines seem to be required to face them:

- the gradual construction of the competition policy in Mercosur must occur from the strengthening of the national agencies. Any parallelism between the CIDC activities and those of the national agencies must be avoided;
- maximum priority must be attributed to the institutional building of the latter ones upon proper provision of resources by the member States and exchange of experiences through technical cooperation;
- it is important to accelerate the decision process through non-bureaucratic procedures;
- it is crucial to create from now on a tradition of technical excellence of CIDC, attributing to it, in practice, a higher degree of relative autonomy. The latter is not necessarily conquered by law. It requires the building up of a reputation of technical excellence.

In the global economy, regions attract foreign investment through legal certainty. Special privileges are less important than a stable environment and respect for the due process of law.

Brazil and Mercosur have taken important steps in that direction. Their success continues to depend on a complex historical process, in which technical cooperation and jurisprudence formation constitute essential ingredients.

BIBLIOGRAPHY

- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, fourth edition, Volume I, 1997.
- CASTELAR PINHEIRO, A. No que Deu, Afinal, a Privatização?, Textos para Discussão 40, BNDES, 1996.
- EUROPEAN COMMISSION DG-IV, Compilación de Legislación de la Competencia América Latina & Caribe, 1997.
- BONER, R., *Competition Policy and Institution in Reforming Economies*, in FRISCHTAK, C. (editor), Regulatory Policies and Reform: a Comparative Perspective, World Bank, 1995.
- BONER, R. and KRUEGER, R., *The Basics of Antitrust Policy*. World Bank Technical Paper 160. Washington-DC, 1992.
- DUTRA, P. *O Novo Estado Regulador Brasileiro*, Monitor Público, RJ, No 12, jan-mar, 1997.
- FERRAZ JR., T. S. *Lei de Defesa da Concorrência - Origem Histórica e Base Constitucional*, Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, n.2, p.65-74.
- FORGIONI, P. Os Fundamentos do Antitruste, tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, mimeo, 1997.
- FRANCESCHINI, J.I. Legislação Brasileira Antitruste (e seus antecedentes históricos), non published work. -----, Introdução ao Direito da Concorrência, Malheiros Editores, 1996.
- FRANCESCHINI, J.I. e FRANCESCHINI, J.L.V., Poder Econômico: Exercício e Abuso, Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- KHEMANI, S. e DUTZ, M. *The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development*, in FRISCHTAK, C. (editor), Regulatory Policies and Reform: a Comparative Perspective, World Bank, 1995.
- KHEMANI, S., *Competition Policy and Economic Development in Policy Options*, 23, october of 1997.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, J.B. Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste, Editora Forense, 1995.
- MATTOS, Cesar, Evolução Recente da Defesa da Concorrência no Brasil: uma Transição Incompleta Texto para Discussão Centro de Estudo para Reforma do Estado, CERES, FGV/RJ, 1997.
- NELLIS, J. Competition and Privatization: Ownership Should not Matter - But It Does, presentation to the Third International Seminar on Competition Policy at Rio de Janeiro, 1997.
- OECD, Competition Policy in OECD Countries, 1997.
- OEA Inventário de Leyes y Normas Referidas a las Praticas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental (preliminary report), 1996.
- OLIVEIRA, G. Brasil Real:Desafios da Pós-Estabilização na Virada do Milênio, Editora Mandarin, 1996. ----- Globalização, Abertura e Concorrência em Revista de Direito Econômico, CADE, No 23, abril/junho de 1996.
- REALE, M. Aplicações da Constituição de 1988, Editora Forense, 1991.
- ROWAT, M. Presentation at CADE, mimeo, 1997
- SALGADO, L.H. A Economia Política da Ação Antitruste, Editora Singular, 1997. ----- O CADE e a Privatização: é Mesmo Preciso Levantar essa Discussão?, mimeo, 1997a.
- STIGLER, G. "The Theory of Economic Regulation", Bell Journal of Economics 2, p.3-21, 1971.
- TANDON, P. The Efficiency of Privatized Firms: Evidence and Implications, mimeo., Boston University, 1994.
- WAVERMAN, L., COMANOR, W. e GOTO, A. (editors) Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation, Routledge, 1997.
- WOOD, D. International Standards for Competition Law: an Idea whose Time has not Come, PSIO Occasional Paper, WTO, No 2, 1996.
- UNCTAD, *Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, World Investment Report, 1997.
- VAZ, I. Direito Econômico da Concorrência, Editora Forense, 1993.
- VISCUSI, W.K., VERNON, J. e HARRINGTON, J. Economics of Regulation and Antitrust, MIT Press, segunda edição, 1995.

AS AGÊNCIAS EXECUTIVAS E O CONTROLE DA CONCORRÊNCIA

Por: **Walter Douglas Stuber ***
Flávio Augusto Dadalto Armani
e-mail : assadvs@embratel.net.br

I - Introdução

As Agências Executivas (“Agências”) representam o novo modelo institucional adotado pelo governo brasileiro, objetivando revitalizar as entidades da administração pública federal, que executam atividades que permanecerão sob a responsabilidade do Estado.

A criação e desenvolvimento desses órgãos tem origem no papel que o Estado está assumindo com as privatizações, ou seja, o Estado está deixando de ser prestador direto de serviços públicos para ser regulador e fiscalizador dos mesmos. A reforma do Estado, nesse sentido, objetiva, acima de tudo, que o governo concentre-se sobre suas funções políticas e de regulamentação, propiciando a transferência da responsabilidade sobre operações e investimentos de alguns serviços públicos ao setor privado.

A transformação da estrutura da administração federal está explícita, em parte, na Medida Provisória nº 1.549-40, de 26 de fevereiro de 1998 (“Medida Provisória nº 1.549-40/98”), que modificou a organização dos Ministérios, relativamente aos setores de infra-estrutura mais significativos do mercado nacional. A qualificação “Agência” será estabelecida por decreto, nos termos do art. 51 desta medida provisória, que prevê, inclusive, o oferecimento de apoio técnico e institucional à qualificação de autarquias e fundações em Agências.

Serão atribuídas às Agências maior autonomia administrativa e financeira, que serão progressivamente concretizadas, por meio de revisão da legislação e das normas que regulam as autarquias e as fundações públicas. As Agências deverão submeter-se a mecanismos de controle por resultados, através da celebração de contratos de gestão com os respectivos Ministérios supervisores, nos quais serão fixados os objetivos e as metas que deverão ser cumpridas.

Recentemente, foram criadas três Agências que regulam setores de infra-estrutura importantes da economia nacional: a Agência Nacional de Energia Elétrica (“Aneel”), a Agência Nacional do Petróleo (“Anp”) e a Agência Nacional das Telecomunicações (“Anatel”), que se encontram em estágios diferenciados de implantação, mas todas responsáveis pelos mesmos propósitos, quais sejam:

- (i) proteger o consumidor e o usuário dos serviços;
- (ii) observar as regras de livre concorrência, assegurando a todos os agentes econômicos a igualdade de oportunidades em relação ao mercado respectivo; e
- (iii) atrair investimentos privados nacionais e estrangeiros.

Esse modelo de gestão, como acima mencionado, estimulará e dará ênfase a uma diretriz elementar, no âmbito dos mercados de telecomunicações e energia: a livre concorrência. O processo de reforma do Estado revela que essa diretriz será cuidadosamente observada durante a abertura dos mercados, com as privatizações, e posteriormente, durante a assunção pelo setor privado da exploração e desenvolvimento dos serviços. O zelo à concorrência, que até agora competia exclusivamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e à Secretaria de Defesa Econômica (“Sde”), será, no que estabelecer a lei, compartilhado também com as Agências.

II – Características Comuns às Agências

A estrutura institucional da Anatel, da Aneel e da Anp deve ser entendida com base em três perspectivas fundamentais, relativamente a essa nova concepção administrativa, e que deverão ser observadas na eventual criação de novas Agências:

(i) As Agências detêm poderes especiais, mais especificamente: a) o poder de fiscalizar, que permite ao órgão reprimir eventual conduta violadora das normas e obrigações específicas, de empresas sob o âmbito de sua atuação, a elas impondo sanções; b) o poder de regular, o que possibilita ao órgão emitir normas e incidir sobre fatos e atos próprios do curso da atividade verificada no âmbito de sua atuação; e c) o poder de sediar diretrizes, mediando os interesses de políticas próprias para o setor, a serem convertidas em normas ou votadas pelo Congresso ou, por delegação, estabelecidas pelo Executivo;

(ii) As Agências são independentes, ou melhor, as Agências possuem: a) independência hierárquica, ainda que no plano formal esteja inscrita na estrutura de um determinado Ministério, a atuação da Agência não se subordinará ao titular ou a órgão desse Ministério; b) independência financeira, pois suas fontes de recursos são autônomas; e c) independência decisória, pois das suas decisões cabe exclusivamente recurso ao Poder Judiciário e não ao plano hierárquico superior da administração pública; e

(iii) As Agências contam com um mecanismo peculiar de seleção de seus membros que, em regra, considera dois critérios: a) o critério político, quando a indicação do membro é privativa do Executivo; e b) o critério de competência, quando a seleção é precedida de uma aferição objetiva da habilitação técnica e específica dos candidatos.

III – Ação das Agências

Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel

O marco que estimulou a transformação na estrutura do setor de telecomunicações brasileiro, e sua conseqüente liberalização, foi a “Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguia”, acordada no âmbito da Organização Mundial de Comércio (“Omc”). Essa Ata Final obriga cada Estado-Membro, que aderiu ao acordo da Omc, a garantir aos prestadores de serviços dos outros Estados-Membros o acesso irrestrito às suas redes públicas de transportes de telecomunicações e serviços, dentro do território ou através das fronteiras dos Estados-Membros, por meio de interconexão entre circuitos privados.

A vista do que fora acordado pelo Brasil, junto à Omc, os serviços de telecomunicações foram reorganizados por meio da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (“Lei nº 9.472/97”), incluindo a criação da Anatel, que foi regulamentada pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997 (“Decreto nº 2.338/97”).

A Anatel é uma entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador e fiscalizador das telecomunicações.

Como mencionado, o regime autárquico especial confere à Anatel independência administrativa, autonomia financeira e ausência de subordinação hierárquica a qualquer outro órgão governamental. Seus dirigentes possuem estabilidade e mandato fixo.

Dentre as atribuições, necessárias ao atendimento do interesse público e desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, a Anatel também é responsável pelo controle, prevenção e repressão das infrações de ordem econômica, ressalvadas as competências legais do Cade. Essa premissa expressa a diretriz determinada pelo inciso XIX do artigo 19 da Lei nº 9.472/97, o que significa que a Anatel compartilhará com o Cade da função de zelar pela ordem econômica, ou ainda, pela manutenção da livre concorrência.

Antes da criação das Agências, competia à Secretaria de Desenvolvimento Econômico (“Sde”), diretamente subordinada ao Ministério da Justiça, proceder às averiguações preliminares e instaurar o processo administrativo para apuração de infrações da ordem econômica, bem como efetuar a instrução dos processos. Em seguida, a Sde remetia o processo instaurado ao Cade, para julgamento, se ela entendesse que havia sido comprovada alguma infração à ordem econômica.

Criada a Anatel, essa Agência passou a assumir as atribuições da Sde, qual seja, averiguar e instaurar o processo administrativo, e, também, as atribuições do Cade, entre as quais, julgar as infrações à ordem econômica. Contudo, as operações das quais resulte ato de concentração econômica, continuarão a ser submetidas ao julgamento do Cade, cabendo à Anatel, entretanto, a instrução dos processos .

Isso significa que a Anatel assumiu as atribuições de proceder às averiguações preliminares para instauração do processo administrativo, bem como sua instrução, nos casos de infração à ordem econômica no setor de telecomunicações. Para tanto, a Anatel deverá observar as regras procedimentais estabelecidas pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (“Lei nº 8.884/94”), conforme estabelecido pelo art. 18 do Anexo I do Decreto nº 2.338/97.

Está prevista, ainda para 1998, a formação de um convênio que estabelecerá um acordo de atuação entre o Cade e a Anatel, e que definirá os procedimentos que deverão ser adotados pela Anatel e pelo Cade na hipótese de infração no setor de telecomunicações. Atualmente, denúncias envolvendo problemas de concorrência no setor têm sido protocoladas junto à Anatel e à Sde, por se tratar de uma fase de transição da transferência de competências.

Por outro lado, a Anatel estabelece as regras do setor de telecomunicações, incluindo as diretrizes legais e o conteúdo dos contratos que serão celebrados com o setor privado. Através desses mecanismos formais, a Anatel vincula três fundamentos diferentes junto à mesma ação do órgão regulador, que contribuem com a estabilização do fator concorrencial:

(i) um fundamento preventivo, anterior ao fechamento das negociações, próprias das privatizações, baseado na melhor formulação dos contratos de concessão ou autorização, procurando evitar, desde a origem, que acordos empresariais oferecidos à entidades privadas pelo Estado estejam viciados e venham a ser questionados pelo Cade;

(ii) um fundamento fiscalizador, ou seja, durante a execução dos contratos de concessão ou na posse da autorização de exploração de serviços, as entidades privadas permanecerão sob observação da Anatel. Se entender que uma entidade privada está descumprindo com as obrigações ajustadas, quanto a atos que venham a ofender o princípio da livre concorrência, a Anatel poderá instaurar inquérito administrativo;

(iii) um fundamento de continuidade, pois a Anatel fornece atrativos e tranquilidade ao investidor nacional ou estrangeiro, que percebe a estabilidade do setor em que irá participar. Um exemplo concreto desse fundamento ocorreu em 12 de fevereiro deste ano, quando a Anatel aprovou o Plano Geral de Outorgas (“PGO”), uma regulamentação complementar à lei de telecomunicações, que divide o Brasil em áreas e estabelece o início do período de livre competição no mercado de telefonia fixa, sem a existência de restrições para a atuação de prestadores de serviços. Essa notícia animou os investidores dessa área, percebendo que a Anatel cumpriu a promessa de solidificar a regulamentação das outorgas.

Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel

A Aneel foi instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (“Lei nº 9.427/96”) e regulamentada, complementarmente, pelo Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997 (“Decreto nº 2.335/97”), na forma de uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

A finalidade da Aneel consiste em regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

À Aneel compete, dentre outras incumbências, defender a ordem econômica, como consta no artigo 13, do Decreto nº 2.335/97, a saber:

“Art. 13. O exercício da livre competição deverá ser estimulado pelas ações da Aneel, visando a proteção e defesa dos agentes do setor de energia elétrica e à repartição de forma justa dos benefícios auferidos, entre esses agentes e os consumidores.

Parágrafo Único. A Aneel celebrará convênios de cooperação com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais.”

De fato, esse dispositivo revela que haverá um relacionamento entre a Aneel, a Sde e o Cade, relativamente à observância das regras procedimentais estabelecidas pelo Cade e pela Sde.

Um exemplo esclarecedor do vínculo entre a Aneel e os órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, ocorreu em 11 de fevereiro deste ano, quando a Aneel aplicou à Light Serviços de Eletricidade S.A. (“Light”) e à Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro (“Cerj”) multas pela má qualidade do fornecimento de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro. Além disso, a Aneel determinou à Light e à Cerj que sejam ressarcidos os consumidores que tiveram prejuízos, em decorrência da interrupção de energia elétrica.

Uma das premissas em que se fundamenta a regulamentação do setor de energia elétrica, assim como na de telecomunicações, é o fato de que a concessão de serviços públicos à iniciativa privada é inseparável da obrigação de oferecer à população um atendimento de boa qualidade. A interrupção do fornecimento de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro provocou uma reação imediata dos conselheiros da Aneel e esse fato gerou preocupações junto aos envolvidos no processo de desestatização do setor de energia.

Essa preocupação decorre do fato de que a Light, que vem sendo apontada como candidata à licitação da Eletropaulo Eletricidade de São Paulo S.A. (“Eletropaulo”), outra distribuidora de energia elétrica que será privatizada, poderá ter a sua pretensão frustrada. A diretoria da Aneel tem admitido a possibilidade de incluir nos editais relativos às próximas privatizações uma cláusula restringindo participações de grupos que estejam controlando companhias já privatizadas e que não estejam cumprindo as metas acertadas, de concorrerem em outras licitações.

A Sde, responsável pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor (“Cdc”), manifestou-se de imediato, anunciando as punições que serão aplicadas à Light e à Cerj. As punições baseiam-se nas disposições do Cdc. Segundo o Cdc, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores na prestação de serviços.

Nesse exemplo, duas medidas da Aneel demonstraram que as metas estabelecidas para os novos controladores de empresas afetarão o fator concorrencial, a saber:

- (i) O não cumprimento das metas estabelecidas nos contratos de concessão, firmados entre o Estado e os grupos controladores privados, que gerarem danos aos consumidores e usuários, poderão sofrer sanções da Aneel e da Sde. Se houver reincidência, a concessão poderá ser cassada e esses grupos não poderão concorrer em outras licitações; e
- (ii) Há a possibilidade da Aneel incluir cláusula que proíba a participação de grupos que estejam controlando companhias já privatizadas e que não estejam cumprindo as metas acertadas.

Agência Nacional do Petróleo - ANP

A Anp foi instituída pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (“Lei nº 9.478/97”), e regulamentada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998 (“Decreto nº 2.455/98”), na forma de uma entidade integrante da Administração Pública Federal, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

A Anp é o órgão regulador da indústria do petróleo, cuja finalidade é a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, bem como das diretrizes do Conselho Nacional de Política Energética (Cnpe).

Também a Anp, com base no disposto no inciso XVI do artigo 4º do Decreto nº 2.455/98, dará conhecimento ao Cade de fatos, no âmbito da indústria do petróleo, que configurem infração à ordem econômica. Destarte, as disposições contidas no ordenamento da Anp referenciam o Cade da mesma forma, acima aludida, relativamente à Anatel e à Aneel.

IV – Considerações Finais

Em vista do acima exposto, podemos concluir que:

1. A proposta de reorganização institucional das bases administrativas do Estado apresentada pelo governo brasileiro pretende transferir a responsabilidade sobre operações e investimentos de alguns serviços públicos ao setor privado.

2. Essa reorganização está sendo implementada através da criação de Agências Executivas, organismos governamentais autônomos e direcionados para um setor específico do mercado. Essas Agências, como a Anatel, Aneel, e a Anp, serão responsáveis pela regulamentação, fiscalização e implementação das políticas de privatização e crescimento interno, a serem determinadas pelo Poder Executivo.

3. Foram transferidas às Agências as competências pertencentes à Sde e ao Cade, quais sejam, a de averiguar, processar e julgar controvérsias que envolvam infração a ordem econômica. A única exceção ocorrerá se a infração for relativa a atos de concentração econômica. Nesse caso a competência para obter informações e instaurar o inquérito administrativo será da Anatel, mas a competência para julgar será entregue ao Cade.

4. Formalmente, o relacionamento das Agência com o Cade e a Sde ocorrerá por meio de convênios.

5. O não cumprimento ou a inobservância das obrigações acertadas em contratos de concessão ou autorização, celebrados entre as Agências e entidades privadas, poderão ser considerados em uma nova e eventual licitação. Existe a possibilidade de serem incluídas cláusulas que limitem a participação de empresas em novas concorrências, se descumprirem as metas acertadas em contratos anteriores.

A Medida Provisória nº 1.549-40/98 dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

“Os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários, os critérios e os instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.” (Parágrafo 1º do artigo 52 da Medida Provisória nº 1.549-40/98).

* Walter Douglas Stuber é sócio fundador de Amaro, Stuber e Advogados Associados e Flávio Augusto Dadalto Armani é integrante de Amaro, Stuber e Advogados Associados.

Criar políticas específicas para um setor já regulado é o mais complexo e significativo desafio do processo de regulamentação. Nos termos das normas legais, deverão as Agências, mesmo dispostas de independência decisória, obedecer às regras de uma política específica para cada setor regulado, a ser fixada pelo Presidente da República.

A “Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguia” foi promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

A flexibilização do modelo de telecomunicações tomou força com a edição de uma nova diretriz constitucional, a Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995, que eliminou a exclusividade da concessão para exploração dos serviços públicos a empresas sob controle acionário estatal, buscando introduzir o regime de concorrência na prestação desses serviços.

As disposições referentes às **atribuições da Anatel estão estabelecidas no art. 19 da Lei nº 9.472/97**, como segue:

“**Art.19** - À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;

III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;
XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade;
XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;
XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;
XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento;
XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens;
XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;
XXVI - formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento;
XXVII - aprovar o seu regimento interno;
XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;
XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;
XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;
XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - Mercosul, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.”

O artigo 7º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 estabelece o seguinte:

“**Art. 7º.** As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, por meio do órgão regulador.

§3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviços de telecomunicações que na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (grifo nosso).

As regras procedimentais são as relativas ao processo administrativo, ao julgamento do processo administrativo, às medidas preventivas, ao compromisso de cessação, ao controle dos atos e contratos e ao compromisso de desempenho, entre outros procedimentos constantes da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

O Artigo 18, do Anexo I do Decreto nº 2.338/97 estabelece o seguinte:

“**Art.18** - No exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, que lhe foram conferidas pelos artigos 7, § 2, e 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472, de 1997, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e suas alterações, cabendo ao Conselho Diretor a adoção das medidas por elas reguladas.

Parágrafo único. Os expedientes instaurados e que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE serão encaminhados diretamente à Agência.”

As atribuições da Aneel estão dispostas no art. 3º da Lei nº 9.427/96, como segue:

“**Art.3º** - Além das incumbências prescritas nos artigos 29 e 30 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

III - definir o aproveitamento ótimo de que tratam os parágrafos 2º e 3º do Art.5 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6 do Art.15 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos.”

As privatizações da Light e da Cerj ocorreram há pouco tempo, sendo transformadas em concessionárias distribuidoras de energia elétrica. Outras cláusulas também estão sendo discutidas, como uma cláusula que vincule a distribuição de lucros para os sócios ao cumprimento de metas que beneficiem os consumidores.

O Cdc (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) estabelece em seu art. 12, o seguinte:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

As atribuições da ANP estão dispostas nos arts. 8º a 10º da Lei nº 9.478/97, como segue:

“**Art.8** - A Anp terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;

III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas.

IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

V - autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação;

VI - estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei;

VII - fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato;

VIII - instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;

IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente;

X - estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento;

XI - organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo;

XII - consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação;

XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o Art.4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

XIV - articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao Cnpe;

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Art.9 - Além das atribuições que lhe são conferidas no artigo anterior, caberá à Anp exercer, a partir de sua implantação, as atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis - Dnc, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool, observado o disposto no Art.78.

Art.10 - Quando, no exercício de suas atribuições, a Anp tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, para que este adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.”

O inciso XVI, do art 4º do Anexo I do Decreto nº 2.455/98 estabelece o seguinte:“Art. 4º. À Anp compete:

...

XVI- dar conhecimento ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade de fatos, no âmbito da indústria do petróleo, que configurem infração da ordem econômica.”

The Brazilian Member of Globalaw - The International Law Group Walter D. Stuber, Abel S. Amaro, Gisela da S. Freire, Manoel I. T. Monteiro, Cláudio de Abreu, Márcio Belluomini, Alessandro Diaferia, Lionel P. Nobre, Andrea A. Pulici, M. Cecilia S. Carmona, Adriana M. Gödel, Enrico J. Bentivegna, Noemia M. Fukugauti, Ana C. P. Franco, Andrea S. Zago, Marcos V. P. Prado, Mônica F. Ivamoto, Márcia M. M. Torres, Patrícia A. Araujo, Flávia S. Bueno, Pedro M. Roquim, Márcia T. P. Reis, Flávio A. D. Armani, Flaviana C. Azzi, Daniele Brandão Gazel, Fabrizio M. Vicente

Av. Paulista, 1499 - 18º e 19º andares - São Paulo - SP - Brasil - 01311-928

Telefone: 55 11 284-9911 - Telefax: 55 11 283-0483

Internet Mail: lawyers@amarostuber.com - World Wide Web: <http://www.amarostuber.com>

BREVES NOTAS SOBRE A POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO

Por: Paula A. Forgioni

e-mail : PAForgioni@eaesp.fgvsp.br

Advogada em São Paulo. Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Econômico da Escola de Administração de Empresas de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas.

“In the absence of a book of rules, how can we decide whether the fight is fair or foul?” (Fritz Machlup).

Considerações Iniciais sobre Posição Dominante

Poder econômico, posição dominante e “potestas” — a óbvia e inegável identidade

Quando se faz referência à “posição monopolista” pode-se pensar em termos da existência de apenas um agente econômico em determinado mercado. Não obstante, é bastante comum, tanto na doutrina jurídica quanto na econômica, que a expressão “posição monopolista” venha utilizada para referir aquela do agente econômico que não é o único a atuar no mercado relevante¹.

Parte-se, então, do pressuposto que mesmo um agente econômico que não seja o único a atuar no mercado pode deter *poder econômico* tal (ou seja, *razoável*) que lhe permita atuar de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou ao comportamento dos outros agentes. Em virtude da ausência de um ambiente concorrencial, o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores². Neste caso, a posição dos pequenos agentes será sempre de *sujeição* ao comportamento da outra empresa. Note-se que não é necessária a completa ausência de concorrência no mercado para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau que influencie, de forma significativa, o comportamento do “monopolista”³.

A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado⁴. Basta a influência, o

¹ Cf. Fritz Machlup, *The political economy of monopoly*; business, labor and government policies. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1952, p. 82-3. Talvez a confusão entre as expressões “posição monopolista” e “monopólio” tenha origem na tradução do termo “monopoly” para as línguas latinas. Como assinala Thomas E. Kauper, “monopoly” é comparável à expressão “posição dominante” e não, necessariamente, a monopólio (“Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *Antitrust Law Journal*, v. 59, 1991, p. 443). Monopólio, como nos lembra Modesto Carvalhosa, origina-se de duas palavras gregas: “monos” só; “polein” vender; *donde vender só* (*Poder econômico — a fenomenologia — seu disciplinamento jurídico*, Dissertação apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para livre-docência. São Paulo, 1971, p. 30). Esse mesmo autor faz, então, a distinção entre monopólio no sentido estrito (vender só) e monopólio em sentido lato, que significa “uma posição de força dos vendedores em relação aos seus compradores, ou vice-versa, em um determinado mercado” (p. 31).

² A respeito, Frignani & Waelbroeck: “Se un’impresa è capace di esercitare sul mercato un’influenza preponderante, ciò significa che essa può agire senza dover tener conto delle reazioni dei concorrenti, mentre questi ultimi devono tener conto delle sue: essa è dunque sottratta ad una concorrenza effettiva. Nelle due ipotesi, fattore decisivo è l’assenza di pressione concorrenziale, e consequentemente la concorrenza non gioca il suo ruolo di regolatrice del mercato” (*Disciplina della concorrenza nella CEE*, 3.ed. Napoli, Jovene, 1983, p. 100). Entre nós, dizia Modesto Carvalhosa, em 1967: “Caracteriza-se, assim, o poder econômico pela capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais do mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais do mercado” (*Poder econômico — a fenomenologia — seu disciplinamento jurídico*, cit., p. 2).

³ Foi por essa razão que a Corte de Justiça Européia já afirmou, no caso *United Brands*, que: “Non è necessario che un’impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza per essere in posizione dominante”. Mas, se por um lado, posição dominante não implica monopólio, de outro, o monopólio pressupõe a posição dominante (cf. Frignani, “Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, org. A. Frigani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 350-51).

⁴ Em um mercado em que haja concorrência dizem os economistas que o preço praticado deverá ser bastante próximo ao do seu custo marginal. O preço muito acima desse valor caracterizaria a existência de mercado concentrado e de *market power* do agente econômico que pratica tal preço: “Market power is the ability to raise price by reducing output. Today we measure market power as the ratio of the profit-maximizing price for a seller’s output to the seller’s marginal cost at that rate of output. A seller whose marginal cost of producing a widget is \$1,00, but who can maximize its profits by selling the widget at \$1,02 has a small amount of market power. A seller whose marginal cost is \$1,00 but whose profit-maximizing price is \$1,75 has a great deal of market power” (Sullivan & Hovenkamp, *Antitrust law policy and procedure*; cases, materials, problems. 3.ed. Charlottesville, The Michie Company, 1994, p. 589). O preço praticado é também função da elasticidade do produto. Assim, quanto maior seu grau de intercambiabilidade, menores as possibilidades de controle de preço por um agente econômico, pois maior o número de produtores do mesmo bem e maior a possibilidade de escolha do consumidor.

poder de determinar as regras do jogo de forma unilateral⁵, independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado.

Sob o prisma jurídico, a afirmação dos economistas de que a posição dominante se identifica pelo poder de impor preços muito acima de seu custo marginal deve ser entendida no sentido de que a *independência* e *indiferença* do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição⁶⁻⁷.

Valentine Korah anota que o comportamento do monopolista é caracterizado, também, por uma *ausência de riscos*, ou seja, o detentor de posição dominante pode dar-se à adoção de uma estratégia de mercado que, se não coroada de sucesso, não traz ao agente prejuízos de monta, como ocorreria em um mercado competitivo⁸. Ora, se houver um “erro estratégico” do monopolista, não haverá agentes econômicos que dele poderão aproveitar-se, penalizando o engano cometido.

No campo do direito da concorrência, o *poder econômico* próprio ao agente em posição dominante, para fins de um trabalho jurídico, deverá ser tomado como *potestas*⁹, ou seja, nas palavras de Passarelli, como “una supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro dall’altro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poichè il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà”¹⁰⁻¹¹. E outra forma não há de encarar o poder econômico que embasa a posição dominante.

Colocadas essas premissas, a regulamentação do exercício da posição dominante e do poder econômico, que lhe é pressuposto, mostra-se de uma simplicidade bastante eloqüente. *O poder econômico implica sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos.*

Explica-se, assim, a definição da Suprema Corte norte-americana sobre o poder de mercado:

the power to control prices or exclude competition¹².

⁵ Diferencia-se, então, como advertem Frignani & Waelbroeck (*Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., p. 107), o “monopólio” do “oligopólio”: neste, temos mais de um agente econômico atuando no mercado, cujos comportamentos influenciam-se mutuamente, enquanto no caso do monopólio apenas um agente determina as regras do jogo do mercado.

⁶ E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, comentando a definição da Suprema Corte americana sobre *market power*, no sentido de que constitui “the power to control prices or exclude competition” afirmam: “The logical interpretation of the Court’s language is that market power is a measure of a firm’s ability to raise prices above competitive levels, without incurring a loss in sales that more than outweighs the benefits of the higher price” (*Understanding antitrust and its economic implications*, 2.ed. New York, Matthew Bender, 1994, p. 214).

⁷ Para uma análise econômica da determinação de *market power* mediante a utilização do *Lerner Index*, cf. Edward Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., p. 214 e s. Cf. também Hovenkamp, *Federal antitrust policy; the law of competition and its practice*. St. Paul, West Publishing Co., 1994, p. 80 e s.

⁸ Valentine Korah, “Concept of a dominant position within the meaning of article 86”, *Common Market Law Review*, v. 17, n. 3, ago. 1980, p. 395-6.

⁹ Por óbvio, não estamos sustentando que o poder econômico confere a seu titular um direito potestativo, o que seria mesmo uma incongruência jurídica, pois o poder econômico é um fato (ainda que regulamentado pelo direito) e não um direito atribuído pelo ordenamento jurídico (para corroborar nossa posição basta uma vista d’olhos no elenco de típicos direitos potestativos, notando-se, de início, a patente diferença. Consulte-se, então, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1986, p. 175-6, e também Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, v.5, p. 241). Ao invés, o que há de comum entre o direito potestativo e o poder econômico é a *potestà* (que inclui, como vimos, a capacidade de atuação de um comportamento indiferente e independente) e a posição de sujeição que lhe é correlata. Sobre direitos potestativos, cf. ainda Fabio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 101 e s.; Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 5. ed., Napoli, Jovene, 1957, p. 56 e s.; A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, Madrid, Reus, 1934, t. 1, p. 14 e s.; e Karl Larenz, *Derecho civil*, ; parte generale. s. l., Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 281 e s.

¹⁰ Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, p. 55.

¹¹ Luigi Capogrossi Colognesi, de forma ampla, assim coloca a “potestas”: “Potestas appartiene ad un gruppo di termini derivati da *potis* che esprimono, in varie sfumature e con diverse qualificazioni, l’idea del “potere” nella sua forma più immediata. Esso è il termine più generale per indicare il comando, la supremazia di um soggetto su altri sia nel campo del diritto privato (...) che in quello del diritto pubblico (...)” (“Potestas”, *Nuovissimo Digesto Italiano*, p. 508).

¹² *United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co.* — 351 U. S. 377 (1956), transcrito por Fox & Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, St. Paul, West Publishing Co., 1989, p. 130. A Suprema Corte também já definiu o poder de mercado como sendo “the power to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market” e também como “the ability of a single seller to raise price and restrict output” (*Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs.* — 504 U.S. 451 (1992)).

Ou mesmo a definição da Corte de Justiça européia:

concerne una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che conferisce alla stessa il potere di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi, fornendole la possibilità di comportamenti indipendenti in misura apprezzabile rispetto ai propri concorrenti, ai clienti, nonché ai consumatori e senza per questo subire conseguenze pregiudizievoli¹³.

No Brasil, já se manifestou o CADE:

O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência¹⁴.

Em conclusão: a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.

As teorias econômicas, ao discorrer sobre o comportamento dos agentes que atuam em condições monopolísticas, nada mais fazem senão analisar essa indiferença e independência e as formas mediante as quais se manifestam.

Note-se que a repressão ao abuso do poder econômico é fenômeno que permeia todo o antitruste, na medida em que é também o fundamento da regulamentação dos acordos e das concentrações entre agentes econômicos. Estes são reprimidos em virtude de sua capacidade de reprodução de condições monopolísticas.

Vantagem competitiva e posição dominante: uso e abuso do poder econômico

Já se disse há muito que, no Brasil, não se pune a posição dominante em si¹⁵. Efetivamente, nos termos do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.884, de 1994¹⁶, a posição dominante resultante de processo natural fundado na maior

¹³ A referência é de Frignani & Waelbroeck a duas sentenças da Corte de Justiça européia: caso *United Brands* (Banana Chiquita) e *Hoffmann-La Roche* (vitaminas) (*Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., p. 101).

¹⁴ Voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Malard, no Processo Administrativo n. 31, j. 6 -10-1993 (*Fiat x Transauto*), *Revista do Ibrac*, v.2, n. 1, fev. 1995, p. 84.

¹⁵ Ou seja, apenas o abuso (e não o uso) da posição dominante é vedado. Outra interpretação seria inconstitucional, tendo em vista o disposto no art. 170 da Constituição da República. Ainda comentando os dispositivos da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda de 1969, esclarece Miguel Reale: "Dessarte, todo abuso de poder econômico redundará, no mais das vezes, em *desvio de poder econômico*, pois o poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade, como a nossa, regida por normas constitucionais que consagram a 'liberdade de iniciativa', a 'função social da propriedade' a 'harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção' e a 'expansão das oportunidades de emprego' " ("Abuso do poder econômico e garantias individuais", in José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso*, cit., p. 521). A doutrina é unânime a esse respeito. Vale, apenas a título de complementação, a transcrição de parte do voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Malard, no caso *Fiat x Transauto*: "Diga-se, porém, que o princípio da livre concorrência não conduz à antijuridicidade do poder econômico. O sistema adotado pelo texto constitucional não é o da *per se condemnationen*, mas o da regra da razão, o que vale dizer que o poder econômico só pode ser reprimido quando orientado à dominação do mercado ou quando atua de forma lesiva à concorrência" (*Revista do Ibrac*, v. 2, n. 1, p. 82).

¹⁶ Art. 20 - Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 2 - 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.

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

* § 3 com redação dada pela Lei número 9.069, de 29/06/1995 (DOU de 30/06/1995, em vigor desde a publicação).

eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inc. II do *caput* do mesmo dispositivo¹⁷. Consagra-se assim, como não poderia deixar de ser, a *vantagem competitiva* (*competitive advantage*) do agente econômico: se há maior eficiência, nada se deve punir¹⁸.

Lembremo-nos, no entanto, que a concorrência, ainda que lícita, prejudica alguns agentes econômicos. Qual é, então, o limite que indica a licitude do prejuízo causado? Até que ponto deve ser suportado o exercício das vantagens decorrentes da superioridade do agente econômico? Como diferenciar a concorrência vigorosa da prática abusiva? Ou, como diz Machlup: “In the absence of a book of rules, how can we decide whether the fight is fair or foul?”¹⁹

Vale sempre recordar o caso *School Masters*²⁰. A discussão nele encerrada não deveria chamar nossa atenção apenas pela ingenuidade dos argumentos dos autores da demanda, mas sim pelo divisor de águas que constituiu. Com simplicidade, os julgadores, há muito, perceberam que *a concorrência prejudica os concorrentes e os danos a serem suportados podem ser lícitos ou ilícitos*.

Em Gloucester, Inglaterra, existia apenas uma escola, que impunha aos estudantes os preços que bem entendia (ainda que não excessivos). Ocorre que, aproximadamente no ano de 1408, outra escola veio a ali se estabelecer, praticando preços inferiores. Os dirigentes da primeira, incormados, foram às barras do tribunal, propondo uma ação com o escopo de serem ressarcidos pelos danos sofridos.

Decidiu-se que, muito embora efetivamente houvesse o prejuízo, havia sido causado por uma atitude perfeitamente lícita da segunda escola. Se esta tinha condições de oferecer preços mais baixos pelo serviço, sua “vantagem competitiva” (como a chamaríamos hoje) não haveria de ser punida ou reprimida.

Atualmente, se de uma parte é quase intuitivo que a vantagem competitiva, lícita que é, deve ser incentivada mediante a aplicação das normas de tutela do livre mercado e da livre concorrência²¹, de outra não se têm apropriados critérios gerais para determinar, na prática, a separação entre a concorrência lícita, cujos prejuízos causados a terceiros baseiam-se em uma vantagem competitiva, e a concorrência predatória²².

Alguns economistas, buscando uma resposta às questões que efetuamos, apontam o critério de diferenciação na “eficiência econômica”: a eliminação de empresas menos eficientes serviria ao propósito da lei antitruste²³. Coloca-se, assim, um dos pontos centrais do pensamento da Escola de Chicago.

¹⁷ A *contrario sensu*, há de se considerar ilícita a concorrência oferecida por agente econômico que não conquistou seu poder de mercado com base em uma vantagem competitiva. É o que ocorre nos casos em que um concorrente oferece preço inferior ao de mercado porque deixou de pagar os impostos e contribuições devidos.

¹⁸ Os autores de língua inglesa costumam utilizar a expressão “anticompetitive advantage” para os casos em que o agente econômico conquista (ou tenta conquistar) parcela de mercado utilizando-se de um meio “fraudulento”, porque não embasado apenas na sua superioridade. Por exemplo, a prática da *Microsoft* de divulgar falsos pré-lançamentos de produtos, bem como de criar, propositadamente, incompatibilidades entre os produtos que fabrica e aqueles de concorrentes teriam dado origem a “anticompetitive advantages”, ou vantagens não competitivas (cf. “United States v. Microsoft Corporation Civ. N. 94-1564 (SS) (D.D.C.); Response of the United States to Public Comments Concerning the Proposed Final Judgment and Notice of Hearing”, *Federal Register*, v. 59, n. 221, 17-11-1994, p. 426).

¹⁹ *The political economy of monopoly*, cit., p. 102. Josseland, em sua clássica obra *De l'esprit des droits*, já havia perguntado: “Mais à quelles conditions en sera-t-il ainsi? Où découvrir le critérium permettant de distinguer l'acte permis de l'acte défendu, la concurrence licite de la concurrence indue? Comment concevoir el établir les limites qu'il convient d'apporter à la liberté commerciale?” (*De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, 12. ed., Paris, Dalloz, 1939, p. 233). Dabin, por sua vez: “dónde descubrir la línea de demarcación entre el uso y el abuso? (El derecho subjetivo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 352). Mario Siracusa se coloca praticamente as mesmas questões referidas por Machlup, Josseland e Dabin (“La nozione di abuso di posizione dominante” in *AAVV Diritto antitrust italiano*, cit., p. 358).

²⁰ 11 Hen. IV, f. 47, pl. 21 (1410), transcrito por Fox & Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, cit., p. 18-19.

²¹ Mas nem sempre essa vantagem competitiva é vista como devendo ser tutelada e não combatida pela aplicação das normas antitruste, principalmente quando confunde-se com o problema do protecionismo à empresa nacional. Entre nós há uma certa tradição nesse sentido: (i) a nível interno, não é incomum que o empresariado bata às portas da autoridade antitruste para representar contra aquilo que nada mais é senão sua própria ineficiência. Com efeito, na maioria dos casos levados à apreciação da SDE ou do CADE, verifica-se que nada há de contrário à livre concorrência na conduta do agente representado, sendo o motivo das queixas justamente sua vantagem competitiva; (ii) no que tange à questão internacional, a vantagem competitiva do agente econômico estrangeiro é, muitas vezes, neutralizada pela política governamental, de forma a proteger a indústria nacional.

²² A respeito, diz Machlup: “Thus, if a struggle between competitors ends with the complete elimination of one of them, it is difficult to establish whether he succumbed to superior efficiency or to an expensive assault with intent to kill” (*The political economy of monopoly*, cit., p. 101).

²³ “We have seen that the basic ‘merits’ of competition lie in its contribution to economic efficiency (optimum allocation of productive resources) and dispersion of power. Competition resulting in the elimination of firms because they are less efficient serves one of the functions assigned to it” (Machlup, *The political economy of monopoly*, cit., p. 102).

Outra forma de explicar a licitude (ou ilicitude) dos efeitos decorrentes do uso (ou abuso) da posição dominante decorreria da aplicação do *princípio geral* que condena, em nosso ordenamento jurídico, o *abuso do direito*²⁴. Nesse sentido, a utilização do poder econômico (e do direito à liberdade econômica) apresentaria restrições se fosse efetuada de forma não adequada, “reprovável ou reprovada, ilegítima ou tida como tal”²⁵, rompendo o “equilíbrio dos interesses em conflito ou do desvio da finalidade do direito, da sua destinação social e econômica”²⁶. Isso seria válido não apenas para os casos de abuso de posição dominante, mas também para acordos entre empresas e concentração (na medida em que são vedados pela aptidão de reprodução de condições monopolísticas).

No caso do abuso do poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. (ou seja, todos os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito com a utilização do poder econômico, sendo mesmo a expressão e exercício desses direitos a que nos referimos. No momento em que há abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência²⁷ etc. O sujeito passa a fazer um uso “anormal”²⁸, “reprovável”, “ilegítimo”, “imoral”²⁹ desses seus direitos.

A utilização do princípio da condenação do *abuso do direito*, ainda que não traga conclusões seguras sobre a licitude ou ilicitude do ato do agente econômico (nem poderia fazê-lo, considerando-se o caráter elástico das normas antitruste), situaria a questão no campo da *teoria geral do direito*.

Não obstante — é indispensável que se esclareça — a mais autorizada doutrina, tanto brasileira quanto estrangeira (inclusive de países com tradição romanística), ao tratar das normas antitruste, não se preocupa em situá-las em um contexto de “abuso de direito” ou “abuso de poder”³⁰.

Algumas críticas poderiam, assim, ser lançadas no que respeita à utilização da doutrina do “abuso de direito” para situar o “abuso do poder econômico”. Primeiramente, o *poder econômico não é um direito, mas sim um fato*, uma situação (fática) que proporciona ao agente econômico *indiferença e independência* em relação aos outros agentes, às leis de mercado. Assim, o “abuso do poder econômico” não trataria do abuso de um direito, mas sim do abuso de um “fato”, de uma posição (e não de um poder derivado de um direito, assegurado pelo ordenamento jurídico)³¹.

Em outras palavras, quando se diz que há o abuso do direito de propriedade, identifica-se o mal uso de um direito que é atribuído ao sujeito pelo ordenamento jurídico (o direito de propriedade). Ao invés, quando falamos de “abuso do poder econômico”, não há um direito a que possamos nos referir³² e que atribua ao agente o “poder econômico” ou sua situação de *independência e indiferença*³³. No máximo, o poder econômico deriva da utilização de uma liberdade econômica (v. g., liberdade de concorrência), mas não é por esta instituído.

²⁴ Não vêm a talho maiores digressões sobre as discussões travadas entre os teóricos da doutrina do abuso do direito (ou abuso de direito, como preferem alguns). Sobre essa questão, e para um resumo das principais correntes de pensamento, remetemos à dissertação de Paulo de Araújo Campos, *Abuso do direito*, apresentada como exigência para obtenção de título de mestre na área de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em dezembro de 1982, e também à obra de Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do direito*, Lisboa, 1973.

²⁵ Mario Rotondi, “*L’abuso di diritto*”, Padova, Cedam, 1979, p. 17.

²⁶ Markovitch, citado por Philadelpho Azevedo em parecer publicado na RT 129:36. Nas clássicas palavras de Jorge Americano “*o abuso desnaturaliza o direito e faz com que o deixe de ser*” (Parecer publicado na RT 129:59).

²⁷ Nesse sentido, Giulio Levi, *L’abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 105.

²⁸ Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l’obligation*, 3. ed., Paris, Librairie Générale, 1925, p. 375. Cf., também, já sobre o sistema brasileiro, Plínio Barreto, em parecer publicado na RT 129: 24.

²⁹ Cf. Jean Dabin, *El derecho subjetivo*, cit., p. 366.

³⁰ Quando se fala em “abuso de poder”, por óbvio, está se tratando de abuso do poder que é conferido por um direito. Assim, por exemplo, o abuso do poder de controle da sociedade anônima pressupõe o poder que é atribuído ao acionista controlador, conforme os termos da Lei n. 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações). A doutrina especializada geralmente se refere à expressão “abuso de poder” como sendo correlata a um poder-dever funcional (abuso de autoridade) (cf., a esse respeito, P. Grippo, “Abuso di autorità o di potere”, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. 1, parte 1, Milano, Vallardi, p. 92 e s.; José Luiz Sales, “Abuso de poder”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro, Borsoi, 1947, p. 356 e s.; Fernando Dias Palos, “Abuso de autoridad o poder”, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1950, t. 2, p. 121 e s.).

³¹ Nesse sentido, Giulio Levi: “Tuttavia è stato detto anche che, parlando sempre di abuso di posizione dominante, si faccia in realtà riferimento ad una situazione di fatto, più che di diritto” (*L’abuso del diritto*, cit., p. 113).

³² O mesmo se diga em relação à posição dominante: trata-se de um fato e não de um direito.

³³ Autoriza-se, então, o seguinte paralelo: diz-se que uma pessoa é mais forte fisicamente que outra. Ora, essa superioridade física não é um direito, mas sim um fato. O mesmo se dá com empresa titular de poder econômico: não se trata de um direito seu, mas sim de mero fato.

Ademais, a doutrina do “abuso de direito” vem impregnada de um inegável ranço privatístico³⁴. Por exemplo, Pontes de Miranda afirma que: “O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem”³⁵. Ora, não toca ao direito antitruste a disciplina do respeito mútuo às esferas de direitos dos sujeitos, mas sim a regulamentação do *mercado*. Não interessam os concorrentes, mas sim a concorrência.

Note-se que o próprio Jossierand, em seu livro *De L'esprit des droits et de leur relativité*, ao comentar as restrições à liberdade de comércio e de concorrência, não cogita de qualquer norma de repressão ao abuso do poder econômico, mas sim da concorrência desleal e seus atos de contrafação e violação de marcas. Em outras palavras, vê a regulamentação da concorrência como disciplina da relação entre agentes econômicos privados, para tutela de seus interesses: deve-se evitar o abuso de direito de um, para que o outro não seja prejudicado³⁶.

Adicione-se, ainda o fato que, indubitavelmente, a idéia de repressão ao abuso de direito traz à mente a regulamentação própria ao Estado liberal, que intervém para neutralizar os efeitos autodestrutíveis que advêm do mercado. Nesse sentido são as palavras de Jossierand:

(...) les intérêts de la collectivité devaient fatalement refouler les prérogatives de l'individu. Tout comme une propriété foncière illimitée, une concurrence sans bornes est socialement et pratiquement irréalisable: un droit absolu serait voué à la destruction; il se dévorerait lui-même, par ses propres excès; comme les autres libertés, la liberté du commerce veut être réglementée, sagement aménagée; il est des actes de concurrence que la conscience sociale réprouve, que l'intérêt général ne saurait tolérer et qui doivent donc, sous une forme ou sous une autre, engager la responsabilité de ceux que les accomplissent³⁷.

Mas, modernamente, como já ressaltamos inúmeras vezes, o antitruste já não pode ser visto apenas sob esse ângulo de “correção de efeitos auto-destrutíveis”, de sorte que a adoção da teoria do abuso de direito pode mostrar-se bastante perigosa, sob o aspecto dogmático, porque sugere senão uma visão ultrapassada, ao menos parcial, do antitruste.

O antídoto contra essa distorcida visão é, seguindo o conselho de Vicente Ráo³⁸, considerar a repressão ao abuso de direito como um *princípio*, que embasa todo o nosso ordenamento jurídico, e não se refere, exclusivamente, à proteção de esferas de direitos e interesses privados. Sob esse prisma, a repressão ao abuso do poder econômico pode também ser entendida como a coibição ao abuso dos direitos de liberdade econômica, visando à implementação de uma política pública. Por óbvio, nesta hipótese, resta o problema de delimitar-se o que seria “uso” do “abuso” do poder econômico, questão de difícil - senão impossível - solução por fórmula geral. Repise-

³⁴ Que, no entender de Vicente Ráo, decorre do seu não-entendimento como um “princípio geral de direito”.

³⁵ *Tratado de direito privado*, v. 53, cit., p. 68.

³⁶ Ao invés, a teoria do “abuso de direito” encontra guarida no art. 29 da Lei Antitruste, que trata das ações que os agentes econômicos podem propor contra infratores da ordem econômica, com o escopo de ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. Tem, assim, plena aplicação o art. 160 do Código Civil, nos casos de concessão de autorização para atos restritivos da concorrência, nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884, de 1994. Nessas hipóteses, a autorização da prática faz com que o agente econômico, ainda que cause prejuízos a terceiros, esteja “no exercício regular de um direito reconhecido”. Da mesma forma, no art. 18 da Lei n. 8.884/94, a doutrina do “abuso de direito” se faz presente e é relacionada à pessoa jurídica “responsável por infração da ordem econômica”. Autoriza-se a descon sideração de sua personalidade quando a prática implicar “abuso de direito” no âmbito da sociedade.

³⁷ *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., p. 232.

³⁸ É Vicente Ráo que entende, entre nós, ser a repressão ao abuso de direito um princípio de nosso ordenamento: “Também se diz, comumente, que o conceito de abuso do direito, nas legislações ocidentais, tem apenas um sentido moral, alcançando, tão só, as relações de indivíduo e a sociedade; mas, semelhante alegação importa desconhecimento da real natureza desse conceito, ou seja, de sua natureza de *princípio* que, como tal, tanto se dirige à aplicação do direito comum nas relações entre pessoas, quanto à elaboração das leis, econômicas ou não, tendentes a realizar a harmonia social” (*O direito e a vida dos direitos*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, v. 1, p. 149). Mais recentemente, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao iniciar breve ensaio denominado “Da abusividade do poder econômico” parte do princípio que “Todo abuso é censurável. Quando parte de pessoa física ou jurídica que detém poder, isto é, que se acha em condições de criar para outros situações de dependência, torna-se uma ofensa ao direito que configura e garante o poder”. Por fim, repisando que o poder econômico não é abusivo em si, conclui que “para efeitos de repressão do abuso, a lei deve presumir que o poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros é abusivo”. Podemos, então, concluir, em simples palavras, que, na opinião do Prof. Tércio, o poder econômico é abusivo quando sua utilização implica a incidência do art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994 (*Revista de direito econômico*, 21: 23).

se, todavia, que não poderá haver abuso do poder econômico sem prejuízo para a concorrência. Essa é a conclusão que decorre de uma interpretação sistemática dos termos do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994.

Inciso I do Art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994 — Tutela da livre concorrência e da livre iniciativa

O interesse tutelado pelo inc. I do art. 20 da Lei n. 8.884, já está expresso de forma bastante clara: *a livre concorrência ou a livre iniciativa*. Ou seja, aos agentes é assegurada liberdade de desenvolvimento de uma atividade econômica, e, para garantir a manutenção do sistema e das regras do jogo, colocam-se limites à atuação desses mesmos agentes, disciplinando seu comportamento no mercado. *A disciplina da concorrência, então, coloca-se como correlata à livre iniciativa*.

Consagra-se, assim, no texto do art. 20 a tutela da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme o mandamento do art. 170 da Constituição Federal³⁹. Aliás, é curiosa a referência do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, pois esta, como assinala Grau, é a liberdade de comércio e indústria e a liberdade de concorrência⁴⁰. Em outras palavras, a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa. Daí concordarmos com a observação no sentido de que não seria necessária a consagração do princípio da livre concorrência, bastando aquele da livre iniciativa⁴¹.

A liberdade de iniciativa a que fazem referência o texto constitucional e a própria lei antitruste não conflita, obviamente, com a necessidade da atuação estatal, para garantir a manutenção do sistema, conduzindo-o de forma a impedir as crises⁴². Aliás, permitimo-nos dizer, a complementa.

Não se pode negar que a partir do momento em que o Estado passa a ser “intervencionista” (e, aqui, não vai qualquer carga ideológica) há uma modificação no próprio princípio da livre iniciativa que, há muito, deixou de ser correlato a uma política de *laissez faire*. A atuação do Estado sobre a economia, cada vez mais, não é tida como indesejável pelo sistema jurídico que, ao contrário, a institui e regulamenta⁴³.

³⁹ Art. 170 – CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII- redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

(...)”.

⁴⁰ Ainda Eros Roberto Grau coloca os “inúmeros sentidos” que “podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência”, equacionando-os da seguinte forma: a) liberdade de comércio e indústria (não-ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública; a.2) não-sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência — liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública (cf. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 224). Josserrand vislumbra três aspectos da liberdade de comércio que se concretizam no dogma da livre concorrência: (i) liberdade de estabelecimento; (ii) liberdade de fabricação; e (iii) liberdade de circulação de mercadorias, em conformidade com as leis econômicas, principalmente a lei da oferta e da procura (*De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, cit., p. 231-2).

⁴¹ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 230.

⁴² Ademais “embora seja assim, força é reconhecemos, de uma parte, que a livre concorrência é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social” (Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 232).

⁴³ A respeito, Tullio Ascarelli: “D'altra parte questa azione importa il superamento del liberalismo dell'economia classica che assumeva che il funzionamento della libera concorrenza avrebbe automaticamente importato il raggiungimento di determinate finalità, tendendo a negare l'influenza della struttura istituzionale e concependo il sistema economico come necessariamente determinato, così come, nello stesso periodo, il sistema giuridico veniva a sua volta concepito come un dato meramente logico, astratto dalla storia. Questa teorizzazione riposava su una premessa implicita di piena elasticità e automatismo del mercato e di grande mobilità dei suoi fattori e sulla generalizzazione di quella produzione con costi marginali crescenti che si osserva in agricoltura, laddove proprio lo sviluppo dell'industria ha messo in evidenza la frequenza di premesse diverse e spesso opposte. Essa si riportava, in via definitiva, a una concezione della storia come già naturalisticamente determinata, anziché come frutto della umana volontà e perciò appunto avvicina l'equilibrio economico a un equilibrio meccanico che non sarebbe potuto essere che naturalisticamente determinato, anziché ravvisare nella storia un'opera umana ed allora cogliere d'altra parte il significato storicamente condizionato delle stesse forme economiche. Il passaggio a un pubblico intervento nell'economia si collega così con una diversa visione della storia, e col superamento della premessa giusnaturalista propria dell'economia liberale del secolo passato” (*Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, istituzioni di diritto industriale. 3.ed. Milano, Giuffrè, 1960, p. 16).

É bastante natural, entretanto, que quando nos referimos à “livre iniciativa”, tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado⁴⁴) e pensemos no agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de “repressão” estatal. Mas — insistimos — essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental⁴⁵.

Assim, no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública⁴⁶.

Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe um determinado comportamento do agente econômico, está justamente atuando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos⁴⁷.

Feitos esses esclarecimentos, podemos dizer que na tutela da livre iniciativa (e, portanto, da livre concorrência), encontra-se um dos principais parâmetros da nossa lei antitruste e a pauta de sua interpretação. Dessa forma, os acordos entre empresas são vedados na medida em que configuram um entrave à livre iniciativa ou à livre concorrência. Ou seja, *é no prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa que se encontra o caráter ilícito de qualquer prática concertada*. Da mesma maneira, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa⁴⁸ em prática dissociada de sua vantagem competitiva. O mesmo ocorre em relação à tentativa de monopólio e ao abuso de posição dominante, como passamos a demonstrar.

Incisos II e IV — Domínio de mercado e abuso de posição dominante — ainda a tutela da livre concorrência e da livre iniciativa

Os incisos II e IV referem-se, respectivamente, ao domínio de mercado e ao abuso da posição dominante. Uma vez que o texto normativo prevê a ilicitude do ato contrário à ordem econômica, ainda que os fins visados não sejam alcançados, inclui-se na redação do art. 20 a prática que *possa* ter por objeto ou por efeito a dominação do

⁴⁴ Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 222.

⁴⁵ Por essa razão, afirma F. C. de San Tiago Dantas: “As leis *anti-trust* exprimem a concepção de que a liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possam admitir os próprios pactos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a defender mesmo contra a liberdade individual, se esta o ameaçar” (*Problemas de direito positivo*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, p. 21).

⁴⁶ Não é incomum que se aponte, na doutrina, o princípio da livre iniciativa como contraposto à intervenção estatal. Nesse sentido, David J. Gerber, comentando os sistemas europeus de tutela da concorrência: “They tend, for example, to view competition law as a hybrid form of law, displaying features of public as well as private law and liberalism as well as intervencionism” (“The origins of european competition law in fin-de-siècle Austria”, *The American Journal of Legal History*, v. 36, n. 4, october 1992, p. 405).

⁴⁷ Sabina Borgogni resolve a questão com muita propriedade: “(...) In dottrina si distinguono solitamente due diverse accezioni del concetto di libera concorrenza: a) libera concorrenza come libertà di iniziativa economica, ossia come diritto individuale e personale ad agire nel mercato e ad intraprendere qualunque attività imprenditoriale si desidera realizzare; b) libera concorrenza come situazione di mercato, cioè come principio regolatore di un sistema economico che, in quanto ad esso ispirato, si caratterizza proprio per il fatto di garantire l'accesso libero di qualunque soggetto a qualsivoglia mercato e di impedire a chiunque di dettare le regole di contrattazione in via esclusiva. Anche se sembra un paradosso, le due realtà non sono necessariamente l'una il presupposto dell'altra; anzi, perchè si realizzi nel mercato una situazione di libera concorrenza occorre talvolta che sia limitata la stessa libertà di iniziativa economica dei singoli, la quale, infatti, non solo si esaurirebbe nella libertà di intraprendere una qualunque attività imprenditoriale ma implicherebbe, di per sé stessa, anche la facoltà di ricercare nel mercato una posizione di privilegio e quindi di stringere accordi ed alleanze che permettano di aggirare il meccanismo della concorrenza. All'intervento genericamente diretto alla tutela della libera concorrenza possono corrispondere quindi in realtà due diversi obbiettivi: 1) la salvaguardia del diritto privato d'impresa, per cui gli accordi e le intese industriali o comunque tutte le operazioni volte a limitare la concorrenza vengono in considerazione nell'ordinamento giuridico solo per la limitazione che essi comportano alla libertà di iniziativa economica (come danno per il singolo, quindi); 2) la difesa di un preciso interesse della collettività che trova, in genere, nella effettiva competizione tra i diversi soggetti economici anche la garanzia delle migliori e più convenienti condizioni di contrattazione, per cui, diversamente, le stesse intese ed i medesimi accordi o operazioni vengono invece in considerazione per gli effetti che essi producono nei confronti del mercato e dei consumatori (ossia come danno per la società)” (“Normativa antitrust e regolazione del mercato”, AAVV, *Diritto Pubblico dell'Economia* (org. Mauro Giusti), Padova, Cedam, 1994, p. 334). Entre nós, Washington Peluso Albino de Souza anuncia que as teses da liberdade e da propriedade, próprias ao regime liberal, com o tempo e a experiência jurídica dos povos “passaram a receber, naturalmente, as suas novas conceituações sob a forma de cerceamentos sucessivos” (*Do econômico nas constituições vigentes*, s. l., Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, p. 110).

⁴⁸ Por essa razão, fala-se em “conseqüências prejudiciais para o mercado” que devem advir da prática analisada, para que a mesma possa subsumir-se à lei antitruste: “(...) 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” (Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, “Apuração de práticas restritivas à concorrência”, *Revista do Ibrac*, v.1, n. 4, p. 18).

mercado, ou seja, propiciar a detenção de *poder econômico* suficiente para assegurar o comportamento *independente e indiferente* em relação aos demais agentes.

Por óbvio, a busca do monopólio (*attempt to monopolize*) e a posição monopolística são potencialmente prejudiciais à livre concorrência, uma vez que, em geral, implicam processo que passará pelo aniquilamento dos competidores.

Retornamos, então, ao problema que muito já foi referido: a concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser licitamente causados, desde que resultantes “de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores”. Ou seja, desde que uma empresa seja mais capacitada que seu concorrente, poderá licitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, inclusive com a eliminação de seus competidores⁴⁹.

Mas, também nesse ponto, precisamos fixar algumas pautas de interpretação. Se a posição dominante não é vedada em si, como coloca o § 1º do art. 20, por óbvio, nem todo o ato praticado por uma empresa em posição dominante será considerado ilícito pela lei antitruste. Entretanto, a linha que separa o *abuso* de posição dominante de seu *exercício normal* é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os *efeitos anticoncorrenciais* da prática analisada.

O parâmetro que devemos colocar, então, toca ao ditame constitucional da proteção à livre iniciativa e à livre concorrência. Todo abuso de posição dominante implica restrição à livre iniciativa e à livre concorrência⁵⁰, salvo o caso de aumento arbitrário de lucros. Em resumo: só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre concorrência ou a livre iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela lei antitruste. Outra exegese nos conduzirá à absurda possibilidade de condenação, *per se*, de todo e qualquer ato praticado por empresa em posição dominante, conforme o livre entendimento da autoridade antitruste.

De outra parte, como é óbvio, nem toda restrição à concorrência implica em domínio ilícito de mercado, pois pode ser derivada de uma *vantagem competitiva*, nos termos do § 1º do art. 20. Também, o ato da empresa em posição dominante, restritivo da concorrência, poderá não configurar abuso, por decorrer de um exercício normal da posição dominante.

Em resumo: *nem toda a restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa é domínio de mercado ou abuso de posição dominante mas não há domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa, salvo o caso de aumento arbitrário de lucros*⁵¹.

Para esclarecer a questão, tomemos o seguinte exemplo: uma empresa detentora de posição dominante decide por rescindir o contrato com alguns de seus fornecedores, a estes causando elevados prejuízos. Se essa prática for efetivamente prejudicial à livre concorrência ou à livre iniciativa, haverá de ser considerada ilícita, nos termos do inc. I do art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994. De outra parte, caso não prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa, não se deve falar, no nosso exemplo, em abuso de posição dominante, pois não se pode conceber o exercício abusivo da posição dominante que não prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa. Em ocorrendo tal hipótese, seguramente não estaremos diante de um abuso de poder econômico, mas sim de uma prática de mercado que poderá até ser sancionada, mas não pelo direito antitruste⁵².

Nessa linha de raciocínio, considerando-se os incisos I e IV do art. 20 da Lei n. 8.884, para caracterizar a ilicitude de uma prática, não há a necessidade de se comprovar a posição dominante do agente econômico. Com efeito, o monopólio e o abuso de posição dominante são vedados apenas na medida em que consubstanciam

⁴⁹ Como bem salienta a doutrina, nada há de mais natural senão a busca do domínio de mercado, uma vez que o objetivo do agente econômico, geralmente, é o seu crescimento no setor da economia em que atua.

⁵⁰ Nesse sentido, já se manifestou o CADE, no Processo Administrativo n. 23/91, em que era representada a empresa Xerox do Brasil Ltda.: “(...) se verifica abuso da posição dominante quando o agente dela se utiliza para restringir a concorrência que ainda resta no mercado”.

⁵¹ O que poderá ocorrer, por exemplo, em caso de vendas casadas nas quais o agente econômico que impõe a vinculação seja o único a atuar no mercado, ou ainda na prática de preços não equitativos. Nesses casos, como teremos a oportunidade de ressaltar, a preocupação é com o interesse do consumidor, prejuízos que lhe são impostos e diminuição de suas possibilidades de escolha.

⁵² Essa tendência, como assinala Hovenkamp, vem sendo sentida na posição dos tribunais norte-americanos: “Courts generally agree that if conduct is rational (that is, profit-maximizing) only on the premise that it will destroy competition, then it should be condemned” (*Federal antitrust policy*, cit., p. 248).

prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa (prejudiciais ao mercado e, portanto, subsumíveis, desde logo, ao inc. I do art. 20 da Lei Antitruste)⁵³.

Foi o que acabou por ser decidido pelo CADE no já referido caso Fiat v. Transauto. Do que se pode concluir do voto proferido pela Conselheira Relatora, a argumentação da Transauto foi no sentido de que a Fiat detinha posição dominante e havia dela abusado, rompendo a continuidade de relacionamento comercial. Note-se, entretanto, que se o alegado fosse verdade, a prática da Fiat deveria ser reprimida não porque esta detinha posição dominante naquele mercado relevante, mas porque gerou efeitos anticompetitivos. Tanto é que um dos argumentos mais contundentes, utilizado pela Conselheira Relatora, afastando a incidência do texto normativo, foi no sentido de que a concorrência no setor de transporte de veículos novos havia aumentado após a rescisão do contrato pela Fiat, pois que outros agentes econômicos, antes ligados à Transauto, passaram a atuar como autônomos no mercado relevante. Se havia fomento à concorrência (e, portanto, inexistia prejuízo ao mercado), a questão não era da competência do CADE, mas sim da justiça comum.

O agente econômico detentor de posição dominante

O art. 20, em seu § 2º, estabelece 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”.

Decorre, então, do próprio texto normativo, que a posição dominante não será necessariamente detida por uma única empresa, pois a situação de independência e indiferença em relação aos demais agentes econômicos poderá ser desfrutada ou decorrer da existência de um grupo de empresas.

Note-se que a expressão “grupo de empresas” é utilizada, no texto legal, em sua acepção mais ampla, referindo-se tanto aos grupos de direito constituídos sob a égide da Lei das Sociedades por Ações quanto ao grupo de fato (os conhecidos grupos empresariais). *O que é relevante, para efeitos da caracterização da posição dominante, é que uma empresa pode deter um poder econômico, em virtude de sua inserção em um grupo empresarial, muito maior do que lhe seria próprio.*

Pensemos em uma pequena sociedade, com atividades desenvolvidas no setor de distribuição de gás, e sede no estado de Alagoas. Suponhamos que esse mercado relevante seja extremamente competitivo e nele atuem empresas detentoras de parcelas de mercado quase equivalentes. Uma dessas distribuidoras, subsidiária de importante empresa paulista, inicia autêntica guerra de preços, eliminando as outras concorrentes. Podemos afirmar que a empresa que praticou os preços predatórios não detinha posição dominante? Não, se considerarmos, como manda a lei, o grupo de empresas à qual pertence e a *potência econômica* do grupo. Consagra-se, assim, o conceito europeu da “unique economic entity” que tende a considerar sociedades coligadas como um único agente econômico, para fins de caracterização da posição dominante.

Note-se que os grupos de fato incluem não apenas aqueles constituídos por empresas controladora e controladas, mas também refere-se às aglutinações derivadas da comunhão de interesses contratual, ainda que não formalizada. Também neste caso, é o poder de que é titular a empresa ou o grupo de empresas que conta, ainda que este decorra de uma avença⁵⁴.

⁵³ Não obstante, no Brasil, tende-se a insistir na necessidade da comprovação da posição dominante para caracterização do ilícito.

⁵⁴ A Comissão europeia já se manifestou no sentido de que empresas ligadas por força contratual detinham a posição dominante no mercado, uma vez que: (i) apresentavam-se como uma só entidade, de forma que sua individualidade não aparecia aos olhos do público; (ii) suas decisões econômicas revelavam um elevado grau de interdependência em matéria de preços e de condições de venda, relacionamento com a clientela e estratégias comerciais; (iii) no que tange à produção, haviam estabelecido entre si vínculos estruturais mediante a troca de mercadorias (Aldo Frignani, “Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 315). Ademais, no caso *Vetro Piano*, segundo nos contam Aldo Frignani & Cristoforo Osti, a Corte de Justiça determinou que “non si può escludere che più imprese siano unite da tali vincoli economici che, per tale motivo, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato” (“20 mesi di legge antitrust italiana”, *Diritto del Commercio Internazionale*, cit., p. 357). Ainda Aldo Frignani, coloca que: “Si può convenire che non sussistono obiezioni di principio all’applicazione dell’art. 86 ad una situazione simile. Certo le parti non costituiscono una unità economica; esse rimangono indipendenti e sono in grado di riacquisire la loro intera libertà di azione in caso di scioglimento dell’intesa. È indubitabile tuttavia che, nella misura in cui esse sopprimono o limitano la loro concorrenza reciproca, rafforzando la loro indipendenza di comportamento nei confronti dei terzi. Se la posizione così acquisita le mette al riparo da ogni concorrenza effettiva, non c’è alcuna ragione di non applicare loro l’art. 86, almeno nella misura in cui il comportamento loro rimproverato non si identifica con quello attraverso il quale esse hanno eliminato la reciproca concorrenza” (“Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 316). Essa, entretanto, não é a opinião de Enrico Raffaelli: “... il comportamento vietato può essere realizzato anche da più imprese. Da ciò consegue un problema di coordinamento tra l’art. 86 e l’art. 85, che pone il divieto di accordi tra imprese e di pratiche concordate pregiudizievoli della concorrenza.(...) La questione è controversa. Si può comunque affermare che quando i comportamenti vietati sono posti in essere

Assim, todas as vezes que um acordo entre agentes econômicos tem por consequência proporcionar aos participantes uma condição de *independência* de comportamento (ainda que coletivo) e em relação a outros agentes econômicos, podemos falar em existência de posição dominante.

Determinação da existência de posição dominante

O processo de determinação da existência de posição dominante de uma empresa deve partir da consideração de que *a diferença entre um mercado concentrado e um mercado competitivo é questão apenas de grau*⁵⁵. Não há métodos de interpretação jurídicos ou fórmulas matemáticas que possam levar a uma conclusão segura sobre a existência de posição dominante em um determinado mercado, não obstante a tentativa dos economistas nesse sentido. *A posição dominante é um fato, não fácil de se constatar.*

Tanto do ponto de vista da teoria econômica quanto da jurídica, o primeiro passo para a determinação da existência de posição dominante, como vimos, é a delimitação do mercado relevante de que estamos tratando, para posteriormente analisarmos sua estrutura⁵⁶. Passada a primeira etapa, por si só plena de percalços hermenêuticos, as dificuldades permanecem⁵⁷.

Dentro da complexa realidade do mercado relevante em que atua a empresa cujo comportamento se analisa, há alguns aspectos que podem e devem ser considerados. Tratamos, como é fácil perceber, com várias faces de uma mesma realidade, buscando delimitar os contornos da estrutura do mercado relevante. Não se poderá considerá-las, pois, individualmente, fora do contexto maior em que se inserem, sob pena de chegar-se a resultado completamente distorcido.

1) Market Share x Market Power

Há uma aproximação quase intuitiva da parcela de mercado detida pelo agente econômico e o poder dela derivado. Presume-se que, quando um agente econômico detém parcela substancial do mercado (*market share*), ele possui poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente, ou, na terminologia norte-americana, possui *market power*⁵⁸. Ao revés, a participação diminuta da empresa faz presumir que esta não é capaz de afetar o mercado com seu comportamento.

Assim, é comum que a análise sobre a estrutura do mercado relevante seja baseada no critério da parcela de mercado, sendo esse método o mais utilizado pelas cortes e autoridades antitruste⁵⁹, na medida em que constitui um forte indício sobre a existência, ou não, de posição dominante⁶⁰.

da più imprese troverà applicazione l'art. 85 nel caso in cui tali comportamenti siano il risultato di accordi o pratiche concordate, mentre si applicherà l'art. 86 quando il gruppo di imprese in considerazione è contraddistinto da una società dominante che impone la sua volontà alle altre, e ciò in assenza di particolari legami tra queste imprese" ("Cronache Comunitarie — Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario", *Il Foro Italiano*, *Il Foro Italiano*, 1988, parte IV, p. 78).

⁵⁵ "There is no sharp division between monopoly and competition: market power is a matter of degree" (Valentine Korah, "Concept of a dominant position within the meaning of article 86", *Common Market Law Review*, cit., p. 396). No mesmo sentido, René Joliet, *Monopolization and abuse of dominant position*, Liège, Martinus Nijhoff, 1970, cit., p. 76.

⁵⁶ Partindo da necessária vinculação entre posição dominante e poder de atuar um certo comportamento de indiferença e independência em relação aos demais agentes econômicos, estamos admitindo que a determinação da posição dominante é decorrência da estrutura do mercado relevante: o número e o poder econômico de cada uma das empresas atuantes, o grau de diferenciação dos produtos e as barreiras à entrada daquele mercado são todos fatores a serem analisados e que nos revelarão algo sobre a estrutura do mercado que estamos analisando (cf. René Joliet, *Monopolization and abuse of dominant position*, *Monopolization and abuse of dominant position; a comparative study of the American and European approaches to the control of economic power* ("Coll. Scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège", v. 31). Liège, Martinus Nijhoff, 1970, p. 92).

⁵⁷ Denozza faz interessante observação a respeito da determinação da existência de uma posição dominante: "L'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante sembra porre il giudicante di fronte alla necessità di confrontare una situazione reale (quella in cui l'agente impone concretamente un prezzo o una certa condizione contrattuale) con una situazione ipotetica (quella che si avrebbe se il mercato fosse concorrenziale) per verificare se in questa ipotetica situazione quel reale comportamento sarebbe ugualmente possibile. Si procede allora ad un accertamento necessariamente indiziario: vengono accertati dei fatti, considerati indizi dell'esistenza di una posizione dominante (fatti, cioè, in assenza dei quali — si suppone — l'impresa non potrebbe tenere certi comportamenti senza essere punita dall'azione dei concorrenti)" (*Antitrust*, ; leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA. Bologna, Il Mulino, 1988, p. 47).

⁵⁸ Nas palavras de Hovenkamp, "Market power is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its product. (...) More appropriately, market power is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable" (*Federal antitrust policy*, cit., p. 79).

⁵⁹ Cf. Sullivan & Hovenkamp, *Antitrust law, policy and procedure*, cit., p. 590. Também analisando a jurisprudência dos tribunais americanos, E. Thomas Sullivan & J. Harrison afirmam que "the analysis of power frequently involves two questions. First, what is the

No caso brasileiro, a lei antitruste considera que, em princípio, o poder econômico de uma empresa pode ser determinado pela parcela do mercado relevante que controla. É o que se deduz do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.884/94.

Entretanto, nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante⁶¹, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder. Primeiramente, o percentual de participação no mercado só adquire algum valor, para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado àquele dos concorrentes⁶². Nesse sentido, a própria referência, no texto de nossa lei, à parcela “substancial” do mercado relevante, feita no § 2º do art. 20, traz consigo a idéia de relatividade, ou seja, de comparação dos percentuais detidos pelos agentes econômicos que atuam no mercado.

Ademais, é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite *independência* e *indiferença* em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais. Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para se mesurar seu poder, ou seja, sua *market power*, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços⁶³, detendo poder econômico que lhe assegura a posição dominante.

Esse problema é disciplinado pela lei antitruste brasileira. Com efeito, a conjugação dos § 2º e 3º do art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994, diz ser *presumida* a existência de posição dominante nos casos em que a parcela do mercado relevante detida pelo agente é da ordem de 20%. Assim, não obstante esses dispositivos demonstrem que nossa lei optou pelo critério da *market share*, ao mesmo tempo é acolhido o critério da *market power*. A presunção de que trata o § 2º do art. 20 é, pois, *iuris tantum*.

Em resumo, no Brasil, comprovado que o agente econômico detém e abusa de poder que lhe garante a posição dominante, ainda que não detenha 20% do mercado, seu comportamento poderá vir a ser sancionado.

Existe, portanto, a necessidade da convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para constatar se o poder por ele detido é apto a lhe assegurar a posição dominante. Nossa lei é bastante aberta a todos esses fatores, fornecendo instrumentos para aplicação de teorias econômicas atualmente em voga.

2) Concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes econômicos

relevant market for ascertaining the defendant's market share? Second, what does market share indicate about market power, especially when actual share is not high?" (*Understanding antitrust and its economic implications*, cit., p. 220). René Joliet, por sua vez, assinala: "All judicial searches for monopoly power start with the primary fact of the relative size" (*Monopolization and abuse of dominant position*, cit., p. 92). Sobre a utilização da quota de mercado como critério para determinação da posição dominante, na Itália, v. Aldo Frignani & Cristoforo Osti, "20 mesi di legge antitrust italiana", *Diritto del Commercio Internazionale*, 6(2):333-59, jul./dez. 1992, p. 355. Alguns autores, muito embora afirmem que a questão do poder de mercado deve ser analisada caso a caso, identificam as parcelas de mercado que foram tomadas pelos tribunais como um indicativo da existência de posição dominante, buscando uma regra geral que se possa deduzir (cf. René Joliet, *Monopolization and abuse of dominant position*, cit., p. 93, e Aldo Frignani, "Abuso di posizione dominante", AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 338-9). Não obstante, os percentuais, como decorre do pensamento desses próprios doutrinadores, não constituem qualquer tipo de gabarito para a determinação da posição dominante, mas apenas um indicativo.

⁶⁰ Nas palavras da Corte de Justiça europeia (*United Brands c. Commissione delle Comunità Europee (causa 27/76)*, Racc. 1978, p. 207): "Furthermore although the importance of the market shares may vary from one market to another the view may legitimately be taken that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, by means of the volume of production and the scale of the supply which it stands for - without those having much smaller market shares being able to meet rapidly the demand from those who would like to break away from the undertaking which has the largest market share - is by virtue of that share in position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, already because of this secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position".

⁶¹ "But large market share is not the evil that the Sherman Act condemns. The evil of monopoly is not the fact that the monopolist has a large percentage of a certain market. The evil is that, perhaps because it has a large percentage, it is able to charge more than a competitive price for the monopolized product" (Sullivan & Hovenkamp, *Antitrust law, policy and procedure*, cit., p. 589).

⁶² No caso *Hoffmann-LaRoche v. EC Commission [1979] ECR 461*, para a determinação da posição dominante da empresa, a Corte de Justiça considerou a relação entre sua participação no mercado e aquela dos maiores concorrentes.

⁶³ A questão foi bastante discutida no caso *Dimmitt Agri Indus. v. CPC Int'l*, 679 F2d 516 (5th Cir. 1982), referida por Sullivan & Hovenkamp, *Antitrust law, policy and procedure*, cit., p. 608.

A ausência de concorrência potencial em mercados concentrados é vista como um dos maiores indicadores da posição dominante⁶⁴: se a empresa encontra-se livre de pressões concorrenciais, atuais e potenciais, sua independência mostra-se em grau máximo, viabilizando a atuação potestativa⁶⁵.

De outra parte, muitas vezes, embora detentor de parcela substancial do mercado relevante, o agente econômico está impossibilitado de atuar comportamento típico do monopolista, aumentando demasiadamente seus lucros, em virtude da concorrência potencial existente ou da capacidade ociosa dos demais agentes econômicos que atuam no mercado relevante, pois:

- (i) se não houver significativas barreiras à entrada⁶⁶⁻⁶⁷, os agentes econômicos que estão afastados do mercado (*in the wings*⁶⁸) podem nele entrar, determinando, assim, o restabelecimento da concorrência; ou
- (ii) os demais agentes econômicos atuantes no mesmo mercado podem não estar produzindo de acordo com sua capacidade máxima, porque o preço praticado não compensaria o aumento da produção. Assim, quando o agente econômico detentor de parcela substancial do mercado elevar os preços ali praticados, os demais aumentarão sua produção, incrementando, de consequência, o grau de concorrência.

Nesse sentido, também a atuação dos *agentes econômicos estrangeiros* representa uma concorrência potencial, se há a possibilidade de seu ingresso no mesmo mercado interno (ou seja, com preços competitivos)⁶⁹. A concorrência potencial poderá ser, de uma certa forma, “percebida” pelo agente nacional, que a considerará quando da determinação de sua estratégia no mercado. Em outras palavras, o agente econômico nacional terá seu poder de mercado mitigado (ou seja, menor grau de “independência” e “indiferença”), pois sempre levará em consideração a existência (possibilidade de entrada) e/ou o comportamento do agente estrangeiro. Podemos dizer, então, que a possibilidade de futura entrada, em alguns casos, desempenha o papel de uma força competitiva atual (“*perceived potential entry*”)⁷⁰.

Parece evidente que, de certa maneira, a concorrência potencial parte de princípios colocados pelo liberalismo econômico, tratando de modelo de concorrência bastante perfeito em que há a mobilidade dos agentes devido à

⁶⁴ Assume particular relevância para a concessão de autorização pelo CADE, nos termos do art. 54 da Lei Antitruste, a concorrência potencial presente no setor. Cf., a esse respeito, os incisos XXV e seguintes do art. 10 da Resolução n. 1 do CADE, de 7 de junho de 1995. Essa posição é bastante coerente com a linha técnica que vem sendo adotada pelo CADE, que, na determinação da *market power* do agente econômico, avalia inicialmente as “barreiras ao ingresso de novas empresas” (cf., à guisa de exemplo, Processo Administrativo n. 32, instaurado de ofício pela Secretaria Nacional de Direito Econômico, no qual foram indiciadas Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados — ACATS. *Revista do Ibrac*, v. 2, n. 2, p. 1-18).

⁶⁵ Sobre os efeitos da concorrência potencial, cf. Shumpeter *Capitalismo, socialismo e democracia*, 5ª edição italiana, Etaslibri, Milano, 1994, p. 80.

⁶⁶ Podemos considerar, a exemplo da Comissão e da Corte de Justiça européia, que qualquer custo a ser suportado pelos agentes econômicos para viabilizar sua entrada no mercado deve ser considerado como barreira à entrada (cf. Frignani, “Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 341). Fábio Nusdeo explica que as barreiras de entrada são “um obstáculo ao acesso de novas unidades produtoras em virtude da posição de privilégio que conferem às já atuantes num dado mercado” (“Abuso do poder econômico”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 121-41, p. 125).

⁶⁷ Nada impede que as barreiras à entrada sejam colocadas pelos próprios agentes, com a utilização de sua potência econômica. Por exemplo (i) o agente econômico pode utilizar-se do governo para eliminar a concorrência ou levantar barreiras à entrada, obtendo proteção ao seu setor de atividade: “The practices by which men in certain occupations, businessmen in certain industries, attempt to influence government to intervene in their behalf and protect them from ‘newcomers’ competition may, from some points of view, be regarded as ‘monopolistic business practices’” (Machlup, *The political economy of monopoly*, cit., p. 118). É o caso típico da atuação dos agentes econômicos que pressionam o aumento das tarifas alfandegárias praticadas para os produtos similares estrangeiros, alegadamente com o escopo de proteção da indústria nacional. Da mesma forma (ii) constantes guerras de preços (ou ameaças de guerras todas as vezes que existe o perigo da entrada de um novo concorrente no mercado), ou (iii) barreiras dificultado a chegada do concorrente às fontes de mercadorias e serviços, indispensáveis à sua atividade econômica, podem servir para manter fora do mercado os concorrentes potenciais (Machlup, *The political economy of monopoly*, cit., p. 122 e ainda Frignani, “Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 342). Fábio Nusdeo aponta como uma das barreiras de entrada que se podem verificar em um mercado a “diferenciação de produtos”. Assim, a criação de uma infungibilidade do bem com a determinação de um mercado relevante material distinto dos “competidores” levaria a uma posição privilegiada naquele mercado segmentado (“Abuso do poder econômico”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., p. 125).

⁶⁸ Essa expressão da língua inglesa é de uma felicidade singular na explicação do fenômeno da concorrência potencial. Diz-se que os agentes econômicos que se encontram à margem do mercado relevante, não havendo barreiras à entrada, estão com as asas armadas (“in the wings”, portanto), prontos a alçar vôo em direção àquele setor de atividade.

⁶⁹ Note-se que a imposição de elevadas taxas de importação poderá eliminar a concorrência entre o agente econômico estrangeiro e aquele nacional por lhes situar em mercados relevantes materiais completamente diversos, apartados em virtude do distinto público consumidor. Assim, suponhamos que sabonetes estrangeiros sejam comercializados internamente a um preço dez vezes superior ao produto nacional. Por óbvio, não haverá concorrência (ou esta será desprezível) entre os dois produtos que integrarão diversos mercados relevantes materiais.

⁷⁰ Cf. Areeda & Kaplow, *Antitrust Analysis; problems, text, cases*. 4.e.d. Boston, Little, Brown and Company, 1988, pp. 881 e ss.

inexistência de barreiras à entrada⁷¹. A questão assume, assim, particular relevância para a Escola de Chicago: sempre dentro do pensamento de que não é necessário um controle da concorrência nos casos em que o mercado é competitivo, esses economistas sustentam que, em não havendo barreiras à entrada e à saída de novos agentes econômicos no mercado (ou seja, em se tratando de “contestable markets”⁷²), não há por que exercer o controle do comportamento das empresas que ali atuam. Esse controle seria exercido pelo próprio mercado.

Entretanto, ainda que haja uma certa mobilidade dos fatores de produção, para que os agentes econômicos que oferecem uma concorrência potencial ao monopolista entrem no mercado, é necessário um espaço de tempo⁷³. Portanto, em determinadas situações, os efeitos danosos do comportamento da empresa que abusou de seu poder podem ser desde logo sentidos e não ser compensados, posteriormente, pela entrada dos novos agentes.

Deve, pois, ser vista com uma certa reserva a premissa de que a existência de concorrência potencial fará com que não seja adotado o comportamento abusivo. Ora, se por um lado é bem verdade que o agente econômico, ao aumentar seu preço de forma excessiva, atrairá para seu mercado outros agentes, tornando atual a concorrência potencial, de outra parte a demora na correção da distorção poderá trazer conseqüências danosas para o mercado (e, como contrapartida, vantagens para o agente econômico que abusa de sua posição), que não podem e não devem ser desprezadas. Para justificar esse entendimento, valemo-nos, mais uma vez, da arguta observação de Denozza⁷⁴, em livro escrito no auge da contestação à Escola de Chicago:

La tesi secondo cui ogni potere monopolistico è destinato ad essere scardinato dall'ingresso di nuove imprese, è senza dubbio esatta nel senso che in una visione epocale del mondo tutto è destinato a mutare (anche l'Impero Romano alla lunga cadde). Trarre da essa argomenti contro un intervento giudiziale che impedisca la formazione, o acceleri la dissoluzione, di posizioni di potere monopolistico sarebbe come trarre argomenti contro la repressione dell'omicidio dalla constatazione dell'ineluttabile mortalità di tutti gli esseri umani.

Caso típico de total ausência de concorrência potencial é o das patentes, em que ao titular do direito é assegurado o monopólio⁷⁵. Mas, da mesma forma que qualquer outro caso de posição dominante, o agente econômico não poderá dela abusar, por exemplo, açambarcando direitos de propriedade industrial⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷¹ Muito se discute sobre se as economias de escala constituiriam uma barreira à entrada de novos concorrentes. Valentine Korah expõe o “elegante” pensamento de Bade Fuller, demonstrando justamente que economias de escala não são barreiras, mas sim as poucas possibilidades de lucros: “If the market is expanding and can already absorb the production of some 10 plants of the minimum efficient scale, the market will soon be able to absorb the output of a new plant. If it can take only one, and is expanding but slowly, a prospective new entrant would realise that once his plant came in stream, there would be substantial idle capacity, and the owners of the two plants might compete in price until they were only covering their variable costs, allowing nothing for the capital costs. Such an investment is unlikely to be profitable. It is the probable lack of profits, rather than the size of the investment, that is the entry barrier” (“Concept of a dominant position within the meaning of article 86”, *Common Market Law Review*, cit., p. 407).

⁷² Um mercado é dito “contestable” (contestável) se a entrada ou saída dos agentes econômicos é sempre possível, sendo que para tanto não devem enfrentar elevados custos. Daí podermos dizer que, nesse tipo de mercado: a) não existem vínculos administrativos que limitem ou impeçam a entrada ou saída naquele setor da economia; b) as condições de oferta e demanda são as mesmas para os concorrentes atuais e potenciais; c) os investimentos efetuados naquele setor podem ser utilizados para fins alternativos e existe um mercado secundário de bens de capital em que seu valor pode ser inteiramente recuperado (cf. Matteo Caroli, *La regolamentazione dei regimi concorrenziali*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 33). Por essas razões, ensina Roger Van den Bergh, “le imprese che operano in mercati contendibili sono soggette alla ‘toccata e fuga’ di rivali occasionali” (“Introduzione — L’analisi economica del diritto della concorrenza”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 42).

⁷³ Ou seja, a entrada no mercado seria um elemento diverso da existência de barreiras pois, como explica Caroli: “Anche senza alcun ostacolo strutturale all’entrata, è comunque necessario un certo intervallo temporale per stabilire ed organizzare la capacità produttiva nel nuovo settore e per attivare i canali di distribuzione nel mercato” (*La regolamentazione dei regimi concorrenziali*, cit., p. 36).

⁷⁴ *Antitrust*, cit., p.64-5.

⁷⁵ Vem de há muito a tradição, originada no antigo direito inglês, de que o monopólio derivado da concessão de patentes é perfeitamente lícito, desde que a autoridade que o atribuiu tenha poderes para tanto. Não obstante, atualmente podemos identificar na jurisprudência estrangeira uma tendência de constante vigilância sobre os detentores de patentes: ao mesmo tempo em que são entendidas como lícitas, não é tolerado qualquer abuso do direito de monopólio legalmente assegurado. Segundo Machlup, as patentes podem (i) em um primeiro momento, constituir um instrumento de colusão, (ii) prestar-se como um instrumento de dominação, utilizado por aquele que detém o monopólio legal e, por fim, (iii) ser utilizadas como uma barreira à entrada de novos competidores no mercado (*The political economy of monopoly*, cit., p. 119). Vale ainda ressaltar que o detentor de uma patente não será titular, necessariamente, de posição dominante no mercado, uma vez que seu produto poderá ser intercambiável com outro que satisfaça as mesmas necessidades do consumidor. Nesse caso, havendo concorrência suficiente para determinar a dependência do comportamento do titular da patente, não há que se falar em posição dominante.

⁷⁶ Notícia-se que Agamemnon Magalhães, pioneiro do antitruste no Brasil, quando Ministro do Trabalho do governo de Getúlio Vargas, fez cancelar o registro de uma patente em virtude de seu uso abusivo (Moniz Bandeira, *Cartéis e desnacionalização: a experiência brasileira: 1964-1974* (“Retratos do Brasil”, v.96). Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975, p. 8, nota 17, e Paulo Germano Magalhães em entrevista à *Revista do CADE*, n. 4, p. 13). A respeito, o próprio Agamemnon, ao sustentar perante a Câmara dos Deputados, em 1961, a

Vale, também, referir a questão da substituição do produto, considerando-se sua oferta. Se há a possibilidade de outros fabricantes, procedendo a pequenas modificações no seu produto, entrarem no mercado do agente econômico considerado, essa concorrência há de ser entendida como “percebida” e, conseqüentemente, considerada para fins de delimitação do mercado relevante.

Em conclusão, podemos dizer que a existência de barreiras à entrada de novos competidores permite ao agente econômico valer-se de sua posição dominante, aumentando seus lucros de forma excessiva (ou anormal, como quer Korah), sem com isso atrair outras empresas para o mercado⁷⁸.

3) Comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores

Muitas vezes, o agente econômico, ainda que sujeito a um certo grau de concorrência, detém a posição dominante em virtude da dependência que os consumidores mantêm do produto ou serviço oferecido.

Verifica-se, então, um baixo grau de *elasticidade cruzada (cross elasticity)* do produto, sendo bastante reduzida a intercambiabilidade com semelhantes, ainda que satisfaçam necessidades idênticas do consumidor. Este, por algum motivo, despreza outro produto que lhe traria igual utilidade e continua a preferir aquele de que habitualmente se utiliza.

É o que ocorre, por exemplo, com muitas marcas de produto e seus “fiéis” consumidores. Não se trata, necessariamente, de considerar *a priori* os produtos identificados por cada marca como um mercado relevante distinto. Entretanto, pode ocorrer que a marca dê origem a uma falta de elasticidade cruzada do produto com seus similares, de forma a assegurar a seu titular uma situação de *independência e indiferença*, típica da posição monopolística.

Igualmente, os fornecedores podem ter um grau de dependência tal do agente econômico que este acaba por assumir uma posição de *independência e indiferença*. Em alguns casos, os fornecedores, ao dependerem de um cliente para o escoamento da produção, têm enfraquecido seu poder de barganha e acabam por estar *sujeitos* ao poder econômico do cliente. Essa constatação foi efetuada pela Federal Trade Commission, ao analisar o comportamento da empresa Toys “R” Us⁷⁹

4) Potência econômica da empresa

A posição de independência e indiferença do agente econômico pode derivar de sua própria potência econômica (*deep pocket*)⁸⁰, ou da potência econômica do grupo a que pertence. É o caso dos grandes conglomerados, com disponibilidade interna de recursos ou facilidade de captação de receitas financeiras ou até de empresas que,

nocividade do poder econômico, relata esse e outro episódio, relacionado ao *mal uso das patentes* (cf. Suplemento “A” ao DCN, n. 123, p. 4, 4. coluna). Ressalte-se, todavia, que, embora Agamemnon estivesse se voltando contra o “abuso do poder econômico”, as patentes tiveram seus registros cancelados, como relata o próprio deputado, não por “abuso de poder econômico”, mas por “irregularidades verificadas na concessão das mesmas”.

⁷⁷ A Corte de Apelação de Milão, no ano de 1992, considerou que o direito do autor, ou de quem possuía os direitos de exploração da obra, não poderia ser limitado pela lei antitruste quando se tratasse da defesa do monopólio assegurado (cf. acórdão de 5-2-1992, publicado na *Giurisprudenza Commerciale*, n. 19.3, maio/jun. 1992, 2ª parte, p. 437, e comentários de Simonetta Vezzoso, “Questioni in tema di monopoli legali fra il diritto antitrust e il diritto di autore”, *Giurisprudenza Commerciale*, maio/jun., 1992, 2ª parte, p. 444-9).

⁷⁸ Cf. Korah, “Concept of a dominant position within the meaning of article 86”, *Common Market Law Review*, cit., p. 396.

⁷⁹ Como é sabido, a Federal Trade Commission tem por presunção que uma empresa detentora de 35% de *market share* possui um substancial grau de *market power*. Não obstante, neste caso, a Toys “R” Us, muito embora detivesse apenas 20% de *market share*, foi considerada pela FTC como titular de posição dominante (a referência foi efetuada pelo Diretor do *Bureau of Competition* da FTC, William J. Baer, em palestra proferida no dia 20 de outubro de 1997, na Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo).

⁸⁰ Segundo Frignani: “(...) il potere finanziario merita di essere considerato nella misura in cui è suscettibile di esercitare un’incidenza sulla posizione concorrenziale dell’impresa sul mercato (specialmente quando la mette in grado di scatenare una guerra dei prezzi, sapendo che essa potrà resistere più a lungo dei suoi concorrenti, o permettendole di accrescere le sue vendite spendendo somme importanti per la pubblicità o per lo sviluppo di un elevato numero di prodotti. Tuttavia, sono le conseguenze del potere finanziario, specialmente nella misura in cui contribuiscono a rafforzare le barriere all’entrata, piuttosto che il potere finanziario in se stesso, che costituiscono il criterio pertinente” (“Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 344).

atuando em vários mercados relevantes, aproveitam o suporte econômico de uma atividade para impulsionar a outra⁸¹.

Da mesma forma, a eventual capacidade ociosa do agente econômico pode significar um poder de mercado bastante elevado, por lhe possibilitar a resposta imediata a aumentos de procura, mais celeremente e incidindo em menores gastos que a concorrência. Em ocorrendo tal hipótese, a empresa impede a entrada de novos agentes econômicos no mercado ou o aumento da participação de seus concorrentes.

5) Estrutura avançada da empresa

O controle de várias, senão de todas, as fases do processo de produção ou distribuição de um produto é apto a proporcionar ao agente poder econômico tal que lhe assegure a posição dominante. Com efeito, a certeza de que disporá da matéria-prima a preços competitivos (integração vertical) e de que o produto chegará aos seus consumidores (redes de distribuição) coloca a empresa em evidente situação privilegiada, que poderá configurar a posição dominante. Esse foi o entendimento da Corte de Justiça européia quando do julgamento do famoso caso *United Brands*. Concluiu-se pela existência de posição dominante dessa empresa que atuava em todas as fases do processo de produção e distribuição de bananas nos principais países europeus.

6) Vantagens tecnológicas

A vantagem competitiva, derivada do domínio da tecnologia a que as outras empresas, por qualquer razão, não têm acesso, pode colocar um agente econômico em posição de completa independência e indiferença em relação ao comportamento dos demais.

É recente e bastante profícuo o exame da questão que envolveu a *Microsoft*, nos Estados Unidos. Não há dúvidas que, principalmente após o lançamento do *Microsoft Windows*, essa empresa domina o mercado, sendo que sua atuação condiciona o comportamento dos demais agentes econômicos. A vantagem competitiva de que dispõe — trata-se de um relativo consenso — não deriva de qualquer ato ou prática desleal, mas sim do desenvolvimento de uma tecnologia de ponta.

No caso, muito se comentou, à época, que a atuação das autoridades antitruste norte-americanas parecia procurar punir não o eventual abuso da posição dominante, mas sim esta em si mesma considerada, impedindo a empresa — porque detinha considerável poder econômico — de adquirir outra⁸².

7) Grau de crescimento do setor

René Joliet⁸³ assinala que o grau de crescimento do setor pode consistir num fator de relativização da parcela de mercado detida pelo agente econômico: em mercados em expansão, a empresa dominante deve ter a capacidade de continuar seu crescimento, sob pena de ceder a seus competidores parcela de mercado. A expansão do mercado é, portanto, um fator de enfraquecimento do poder econômico do agente e não pode deixar de ser considerado.

8) Aspecto temporal

Ainda que uma empresa detenha um elevado percentual de mercado, não é dito que, necessariamente, será titular de posição dominante. Isso porque, considerando-se a concorrência sob seu aspecto dinâmico, a superioridade da parcela que detém pode ser absolutamente esporádica, de forma a não assegurar qualquer independência de comportamento.

Julgando prática relacionada com a distribuição de filmes cinematográficos, a Comissão Européia considerou que as profundas variações anuais entre as parcelas detidas pelas várias empresas não decorriam de modificações

⁸¹ A concorrência assim oferecida e o domínio de mercado dela derivado não seriam lícitos: "This stronger firm finances its competitive campaign out of its capital (or out of its earnings from other activities); it succeeds not because it is more efficient in producing the goods and services with which it competes, but merely because it commands overwhelming financial strength. This is the kind of competition that is called oppressive or predatory and injurious to the public interest" (Machlup, *The political economy of monopoly*, cit., p. 102).

⁸² Cf. *O Estado de São Paulo*, 1º maio 1995, p. G-2; edição de 12 de junho de 1995, p. G-6.

⁸³ *Monopolization and abuse of dominant position*, cit., p. 96.

em seu poder econômico, ou mesmo na estrutura do mercado. Ao contrário, a elevada parcela de mercado detida, em um determinado ano, significava apenas que o agente econômico comercializou, naquele período, filmes que atraíram maior público aos cinemas⁸⁴.

A necessária conjugação dos indicativos

A análise de todos esses fatores pode resultar em indicativos da existência de posição dominante em um mercado relevante. Não se há, entretanto, de tomá-los individualmente como decisivos. Ao contrário, a análise da jurisprudência comparada nos mostra que a conclusão sobre a existência de posição dominante deriva da consideração de vários desses indicativos e, principalmente, de sua Torna-se, mais uma vez, evidente a elasticidade da aplicação da lei antitruste, a partir do momento em que a própria determinação da existência de posição dominante é um processo que requer valorações altamente subjetivas e a conjugação de variáveis, a serem efetuadas pelo intérprete.

Há um exemplo bastante claro: no já referido caso *Banana Chiquita*, a Comissão das então Comunidades Européias considerou vários fatores para determinar que a empresa *United Brands* era detentora de posição dominante, tais como (i) a estrutura econômica avançada da empresa, (ii) o grau de dependência dos consumidores, pois alguns extratos da população (crianças e idosos) teriam exclusivamente na banana uma fonte de determinados nutrientes. Assim, o mercado relevante da banana distinguia-se daquele de outras frutas frescas.

Uma vista d'olhos na decisão nos faz pensar se todos esses argumentos não foram lançados apenas para racionalizar e justificar uma decisão que já havia sido previamente tomada pela Comissão: a condenação da *United Brands* porque o comportamento atuado, vindo de uma empresa "forte", não poderia ser tolerado.

Da estrutura do mercado ao comportamento da empresa

Como se pode facilmente perceber, todos os elementos a que nos referimos acima têm por escopo a delimitação dos contornos da estrutura do mercado relevante para determinar a existência de posição dominante. Mas há a tendência de se considerar como indício do abuso de posição dominante o próprio comportamento da empresa. O raciocínio efetuado é bastante simples: *se a empresa praticou ato que consubstancia típico abuso de posição dominante é porque tinha poder suficiente para fazê-lo*⁸⁵. A Corte de Justiça européia já se manifestou nesse sentido: "dove si manifestano gli effetti dell'abuso è irrilevante per determinare il mercato da prendere in considerazione per costatare una posizione dominante"⁸⁶.

Desta forma, são os meios de ação de que dispõe o agente econômico e a faculdade que lhe assiste de exercer uma influência considerável sobre o mercado que caracterizariam a posição dominante⁸⁷. Ou, nos termos do *memorandum* de 1º de dezembro de 1965, da Comissão Européia:

Il dominio del mercato non può essere unicamente definito partendo dalla quota di mercato che detiene un'impresa o da altri elementi quantitativi di una determinata struttura del mercato. Si tratta innanzitutto di un potere economico, cioè la facoltà di esercitare sul funzionamento del mercato un'influenza notevole e in linea di principio prevedibile per l'impresa dominante. Questa facoltà economica di un'impresa dominante influisce sul comportamento e sulle decisioni di altre imprese, a prescindere dal fatto che sia o meno utilizzata in un senso

⁸⁴ O exemplo é de Frignani, "Abuso di posizione dominante", AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 340.

⁸⁵ A respeito, são cruciais as palavras de Areeda & Kaplow: "Imperfections in market definition coupled with the uncertain connections between the market shares we see and the market power we hope to infer might lead us to reexamine economic performance or conduct as direct indicators of a firm's power to charge supracompetitive prices" (*Antitrust analysis*, cit., p. 581). No mesmo sentido, Aldo Frignani ("Abuso di posizione dominante", AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 336-7). Façamos, a título exemplificativo, o seguinte exercício hermenêutico: uma empresa "a", detentora de 10% do mercado relevante, impede o acesso de concorrente aos canais de distribuição. Partindo-se da pressuposição de que essa prática é considerada típico abuso de posição dominante, nada obsta considerar que, muito embora a empresa "a" detenha apenas 10% do mercado relevante em questão, seja titular de posição dominante. Ora, se produziu o efeito anticompetitivo, é porque tinha poder suficiente para tanto. Quando efetuamos esse raciocínio, partimos de uma análise estrutural do mercado (indicador objetivo) para passarmos a um indicador subjetivo, baseado no comportamento efetivamente atuado pela empresa (cf. Frignani & Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., p. 103 e s.).

⁸⁶ *Caso ICI/CSC*, 6-5-1974, parcialmente transcrito por Aldo Frignani, "Abuso di posizione dominante", AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 322. No mesmo sentido o caso Rhône-Poulenc/SNIA (cf. Francesco Stella, "Posizione dominante collettiva e concentrazioni: il caso Rhône-Poulenc/SNIA", *Diritto del Commercio Internazionale*, 8.1:166).

⁸⁷ Cf. Frignani & Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., p. 104.

determinato. Un'impresa che può, quando lo desidera, soppiantare le altre imprese concorrenti sul mercato può già disporre di una posizione dominante e determinare in modo decisivo il comportamento delle altre imprese, anche se la propria quota di mercato è ancora relativamente debole⁸⁸.

Ao invés, uma empresa com diminuto poder de mercado, em princípio, não seria capaz de causar prejuízo para a concorrência. Nesse sentido é o voto proferido pela Conselheira do CADE Neide Terezinha Malard no Processo Administrativo n. 32, que envolveu empresas distribuidoras de vales refeições e de mercadorias. Foi afirmado, na ocasião, que apenas os agentes com um certo poder econômico têm condições de influenciar o comportamento do mercado. Argumentou-se no sentido de que a prática adotada não poderia causar, como efetivamente não causou, qualquer dano para a concorrência, o que desautorizaria a aplicação da lei antitruste:

Segundo a teoria econômica, na estrutura concentrada, a contração ou a expansão dos negócios das empresas de grande porte influencia as condutas de suas concorrentes e a parcela de poder que detêm o mercado pode ser, eventualmente, utilizada em restrição à concorrência. Por outro lado, as empresas de pequeno porte, que atuam na parcela residual deste mercado, têm uma participação tão diminuta, envolvendo um número tão pequeno de negócios que, ao contrário de suas concorrentes de grande porte, não são capazes de afetar o mercado com o seu comportamento ou de deslocar a participação relativa de qualquer outra, ainda que possuísse essa intenção. O poder de mercado é, pois, condição necessária para que a conduta de uma empresa possa resultar em benefício ou prejuízo à concorrência⁸⁹.

Posição dominante derivada de vantagem competitiva: a atenção das autoridades antitruste

A lei brasileira, como já dito no início deste capítulo, não condena o domínio de mercado pelo agente econômico, desde que derivado de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”⁹⁰, ou seja, resultante de vantagem competitiva. Assim, nada há de ilícito na conduta de empresa que conquista “parcela substancial do mercado relevante” simplesmente por ser mais eficiente que seus concorrentes.

Entretanto, é fato que as autoridades antitruste mantêm uma vigilância maior sobre o comportamento das empresas que detêm posição dominante⁹¹. Essa postura se justifica porque é o comportamento do agente econômico “mais forte” que, com maior probabilidade, poderá afetar (e prejudicar) a concorrência. Seu ato, na medida em que ele próprio tem capacidade para determinar o ambiente concorrencial, coloca em risco, de forma mais acentuada, a segurança do mercado. Ou, como diz Hovenkamp: “In general, the more market power a firm has, the more damaging its exclusionary practices might be”⁹².

Por essa razão, em outros países, algumas vezes, as condutas somente são consideradas ilícitas se praticadas por agente econômico detentor de posição dominante⁹³.

⁸⁸ Apud Frignani, “Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 344.

⁸⁹ *Revista do Ibrac*, v. 2, n. 2, p. 15.

⁹⁰ Cf. art. 20, § 1º.

⁹¹ Miguel Reale, no ano de 1985, adverte: “Qualquer que seja o tipo ou grau de concentração empresarial ou capitalista, ainda que revista a forma de *empresas multinacionais* — as quais são, às vezes, fulminadas, indiscriminadamente, com simplismo condenável — impõe-se a *fidelidade* à lei como pressuposto de justiça social concreta. Não se deve, em suma, pressupor a culpa ou dolo do *mais forte*, como se esta fosse a condição *sine qua non* da salvaguarda do *fraco*. Nada se divorcia tanto da eminente imparcialidade da Justiça como a negação do direito que cabe ao poderoso, a pretexto de amparo ao mais débil, não obstante a debilidade de suas pretensões jurídicas” (“Abuso do poder econômico e garantias individuais”, in José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso*, cit., p. 522).

⁹² Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy*, cit., p. 244.

⁹³ “Today ‘monopolization’ refers to a number of activities that may be illegal when performed by the dominant firm in a properly defined relevant market” e, mais adiante, “For example, in a competitive market a refusal to deal, a sudden price reduction, a policy of leasing and not selling a product, or of keeping research secret are absolutely consistent with competition on the merits” (Hovenkamp, *Federal antitrust policy*, cit., p. 241 e 244). Mario Siragusa, por sua vez, analisando a sentença da Corte de Justiça no caso *United Brands*, afirma que: “... la struttura commerciale di un'impresa in posizione dominante può anche avere un effetto sulla legalità del suo sistema di prezzi sulla base dell'Articolo 86...” (“Diritto e politica della concorrenza nella CEE: prezzi discriminatori e non equi (articolo 86)”, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, cit., p. 475). Com efeito, leva-se em consideração o prejuízo à concorrência e ao mercado que será causado pela prática, partindo-se do pressuposto de que apenas os agentes econômicos detentores de *market power* lograrão causar tais danos.

Nessa linha, na medida em que se considere como infração à ordem econômica apenas condutas que possam prejudicar a concorrência, algumas práticas serão consideradas ilícitas somente se praticadas por agentes econômicos detentores de “posição dominante”. Tomemos o seguinte exemplo: considere-se um mercado pulverizado e altamente competitivo, como a comercialização (a granel) de parafusos em uma grande cidade. Se um agente econômico resolver subordinar a venda de parafusos à aquisição de pregos, provavelmente, o consumidor deslocar-se-á até outro vendedor. Ou seja, o comerciante que pretendeu impor a venda casada não possuía “poder econômico” que obrigasse o agente a adquirir os dois produtos concomitantemente, de forma que, em princípio, não se verificará o prejuízo a concorrência e, conseqüentemente, a ilicitude do ato.

Abuso de posição dominante. Práticas Típicas

Embora seja expressamente vedado, o abuso de posição dominante não vem definido na Lei Brasileira, sendo considerados apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado. A Lei n. 8.884/94 enumera alguns exemplos de comportamentos que se caracterizam como as práticas abusivas mais comuns⁹⁴. Em termos bastante simples: não se procure na lei a resposta para qualquer indagação do tipo: “O que é abuso de posição dominante?” Encontraremos apenas alguns de seus exemplos. Sabemos, apenas, que no sistema da lei brasileira não há abuso de posição dominante sem prejuízo à concorrência.

Deve-se notar que a maioria das condutas elencadas no art. 21 da Lei n. 8.884, de 1994, refere-se a práticas de abuso de posição dominante e não a acordos entre empresas. Esse tipo de sistematização de nossa lei não é inovação do atual diploma antitruste, sendo certo que desde a promulgação das primeiras leis de tutela da concorrência no Brasil já havia a preocupação preponderante de controlar o abuso da posição dominante.

Essa preferência explica-se pelo fato de que na estrutura industrial brasileira encontram-se, de há muito, alguns agentes econômicos detentores de grande poder de mercado, ou seja, a concentração de poder não é, para nós, fenômeno novo. A principal preocupação, então, sempre disse respeito à regulamentação do abuso de posições fortes de mercado, procurando-se dar ao governo federal meios de controlar a atividade dos agentes econômicos com relevante poder econômico.

Desde a promulgação do *Sherman Act*, em 1890, muitas práticas foram condenadas pelas cortes norte-americanas, por serem típicos exercícios abusivos de posição dominante, tais como: (i) espionagem ou sabotagem; (ii) concentrações; (iii) diminuição da produção; (iv) aumento da produção; (v) discriminação de preços; (vi) recusa de contratar; (vii) integração vertical; (viii) vendas casadas; (ix) aumento dos custos a serem suportados pelos concorrentes (*price squeeze*); (x) manipulação da pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (xi) abuso de direito de propriedade industrial; (xii) abuso do direito de demanda, mediante a propositura de ações judiciais ou medidas administrativas vexatórias contra concorrente; (xiii) preços predatórios, entre outros⁹⁵.

Interessante notar que, entre nós, talvez pela ausência de uma tradição em matéria antitruste, algumas dessas práticas são consideradas principalmente como atos de concorrência desleal, tipificados na Lei da Propriedade Industrial. Entretanto, na medida em que esses comportamentos prejudicam não apenas o concorrente, mas também a concorrência e o mercado como um todo, poderemos identificar a incidência da norma antitruste, a exemplo da jurisprudência norte-americana.

A doutrina européia, baseada no disposto no art. 86 do Tratado CE, costuma apontar quatro manifestações típicas do abuso de posição dominante: (i) imposição de preços não equitativos, (ii) limitação da produção ou distribuição de produtos ou serviços, ou ainda ao desenvolvimento técnico de outros agentes econômicos; (iii) discriminação de fornecedores ou adquirentes⁹⁶; e (iv) prática de vendas casadas⁹⁷.

⁹⁴ Em termos de racionalidade da conduta, o exercício abusivo de posição dominante pode servir de várias formas ao agente econômico: (i) reduzindo a participação dos concorrentes no mercado, (ii) impedindo o crescimento dos concorrentes, (iii) em mercados em expansão, impedindo o aumento da participação dos concorrentes, de forma a diminuir sua participação relativa, (iv) coagindo os concorrentes a aceitarem as sinalizações de preço do detentor de posição dominante, abandonando qualquer idéia de guerra de preços, (v) convencendo os concorrentes da irracionalidade da competição e vantagens da cooperação, (vi) enfraquecendo os concorrentes de maneira tal que sejam forçados a vender seu controle ou seus ativos, (vii) eliminando os concorrentes do mercado (cf. Machlup, *The political economy of monopoly*, cit., p. 101).

⁹⁵ Cf. Hovenkamp, *Federal antitrust policy*, cit., p. 260.

⁹⁶ Para um resumo da posição dos doutrinadores europeus sobre a discriminação, cf. “Monopólio, posizione dominante e discriminazione di prezzo”, de Fernando Leonini, publicado na *Giurisprudenza Commerciale*, jul./ago. 1992, parte II, 19.4:607.

⁹⁷ A bibliografia sobre as vendas casadas é por demais extensa. Assim, indicamos apenas alguns textos que se destacam pela clareza: Areeda & Kaplow, *Antitrust analysis*, cit., p. 704 e s.; Herbert Hovenkamp, *Economics and federal antitrust law*, cit., p. 214 e s. Guillermo

Não é demais lembrar que, no Brasil, a prática, ainda que “tipificada” em algum dos incisos do art. 21 da Lei nº 8.884, de 1994, somente será considerada ilícita se implicar, concomitantemente, a incidência do art. 20 do mesmo diploma. Casos poderá haver, portanto, de práticas previstas no art. 21 que não configuram uma infração à ordem econômica, porque não restritivas da concorrência. Da mesma forma, um ato, sob qualquer forma manifestado, que não esteja previsto no art. 21 poderá consubstanciar um ato ilícito, se tiver seu objeto ou efeito (ainda que potencial) previsto em qualquer dos incisos do art. 20.