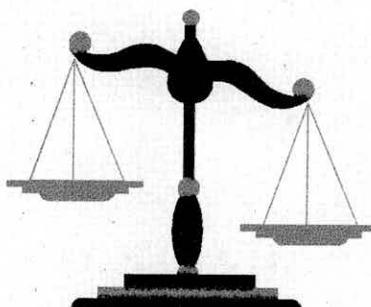


Programa de Iniciação Científica CNPq

## Estudo da Concorrência, sob a Ótica da Regulamentação Antitruste



Priscila Fonseca da Cruz  
orientador: Prof. Arthur Barrinuevo

## Índice

I. Introdução.....	2
II. Modelos de Análise.....	2
1. Justificativa.....	2
2. Oferta e Procura.....	3
3. Situação de Equilíbrio dos Preços.....	5
4. Concorrência Perfeita.....	6
5. Monopólio.....	8
6. A Concorrência Monopolística.....	10
7. Oligopólios e Teoria dos Jogos.....	13
8. Cartel.....	18
9. Monopsônio e Oligopsônio.....	19
10. Barreiras de Entrada de Concorrentes.....	20
11. Concorrência Praticável.....	23
III. O Poder Econômico.....	27
1. Considerações Prévias.....	27
2. Mercado Relevante.....	28
A) Noção de Mercado Relevante.....	28
B) Noção Jurídica.....	29
C) Mercado Relevante Segundo a Procura.....	31
D) Mercado Relevante Segundo a Demanda.....	32
E) Mercado Relevante e Delimitação geográfica.....	34
3. Posição Dominante.....	35
A) Mercado e Poder.....	35
B) Livre Iniciativa e Livre Concorrência.....	44
4. Poder Econômico e seu Exercício Regular.....	45
5. Poder Econômico e Regra da Razão.....	46
6. Abuso do Direito e Desvio de Poder.....	48
7. Abuso do Direito Econômico e Direito Econômico.....	50
V. Conclusão.....	51
VI. Bibliografia.....	52

## **I - Introdução**

A disciplina de abusos de poder econômico está voltando a ser objeto de análise, com o advento da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, depois de trinta anos da publicação da obra do professor Shieber "Abusos do Poder Econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA)" e da Lei 4.137 de 10 de setembro de 1962. O estudo se volta para o poder econômico como um dado estrutural e não mais como anomalia dos mercados. E não só entre os juristas há a preocupação em relação à disciplina do poder econômico, que deve ser exercido sob os ditames da ordem jurídica para assegurar os interesses da comunidade, mas também entre empresários e políticos que começam a desenvolver uma consciência de que a concorrência é fundamental para o sistema econômico. Assim, a concentração empresarial diante da competitividade internacional é assunto corrente.

Porém, esta consciência política não está de toda desenvolvida e ainda ocorrem desvios de utilização da atividade antitruste, causados pela errônea compreensão de seus objetivos. Há pouco tempo, quando da implementação do Plano Real, o Governo utilizou-se da lei antitruste para controlar os preços do pãozinho francês, pressionando a indústria de panificação em razão de uma tendência de alta nos preços do pão de 50 gramas que naquela época estava com seus preços liberados do controle oficial de preços. Após ter celebrado um acordo de preços, o Poder Executivo praticou assim, um ato anticoncorrencial, o acordo de preços e tudo isso com a colaboração oficial.

Como se pode ver, a disciplina de controle do abuso de poder ainda é vista por muitos como instrumento de controle dos preços e combate à inflação. Apesar de ser verdadeiro que em regime de alta concorrência, os preços tendem a decair, mas tal resultado só pode ser alcançado depois de implantado um regime concorrencial e não antes deste por controle ou tabelamento de preços, pois não é controlando os preços que se preserva a concorrência e sim preservando a concorrência que se obtêm preços menores.

A proposta do presente estudo é clarear os reais objetivos da política antitruste, de forma interdisciplinar que conjuga Economia e Direito. Assim, buscou-se na doutrina econômica os fundamentos para se compreender o fenômeno do poder nos mercados, indispensável para entender o fato juridicamente regulado. Para tanto são analisadas noções de microeconomia, mercado relevante e posição relevante que são indispensáveis à caracterização do poder nos mercados, sem o qual não pode haver abuso.

## **II - Modelos para Análise**

### **1. Justificativa**

Primeiramente deve-se justificar o motivo de se começar o trabalho pela análise econômica do fenômeno concorrencial.

Não se pode ter uma compreensão adequada da disciplina do abuso do poder econômico sem compreender antes o fenômeno do poder nos mercados e conseqüências. O carácter interdisciplinar da matéria em estudo, não permite

que o jurista se abstenha da análise econômica que ele visa regular e o economista não deve desprezar os aspectos jurídicos.

Direito e Economia são instâncias de um mesmo fenômeno social em relação de causalidade recíproca. O Direito *"é elemento constitutivo do modo de produção: as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não podem reproduzir sem a forma do Direito; o Direito é instância de um todo complexo - a estrutura social global - instância no entanto dotada de eficácia própria, que se manifesta no bojo de uma relação de causalidade estrutural, resultante da interação dela (instância jurídica) com as demais instâncias desse todo complexo"*, como ensina Eros Roberto Grau em "A Ordem Econômica na Constituição de 1988".

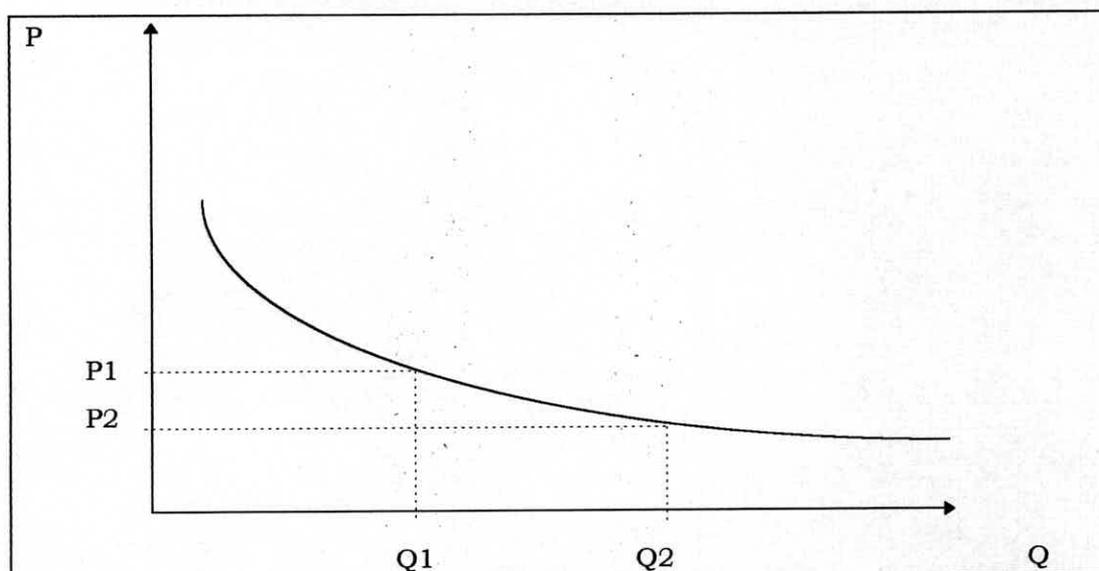
Para a análise e aplicação da disciplina de abuso do poder econômico é fundamental se compreender a função dos preços e sua formação, bem como as perdas e ganhos que o poder econômico pode trazer à sociedade. Sendo assim, a teoria econômica representa o foco da discussão da aplicação das normas de tutela da concorrência e de repressão do abuso do poder econômico.

## 2. Oferta e Procura

A explicação da teoria dos preços está no relacionamento entre as quantidades ofertadas e demandadas de um determinado produto ou serviço, ou seja, aquilo convencionado em "lei da oferta e procura", cujo sentido de conhecimento geral é que o preço de determinado bem varia de forma diretamente proporcional à intensidade da procura e inversamente à oferta. Assim, quando há um excesso de oferta ou falta de procura, os preços tendem a cair e quando houver maior procura ou diminuição da oferta, os preços sobem.

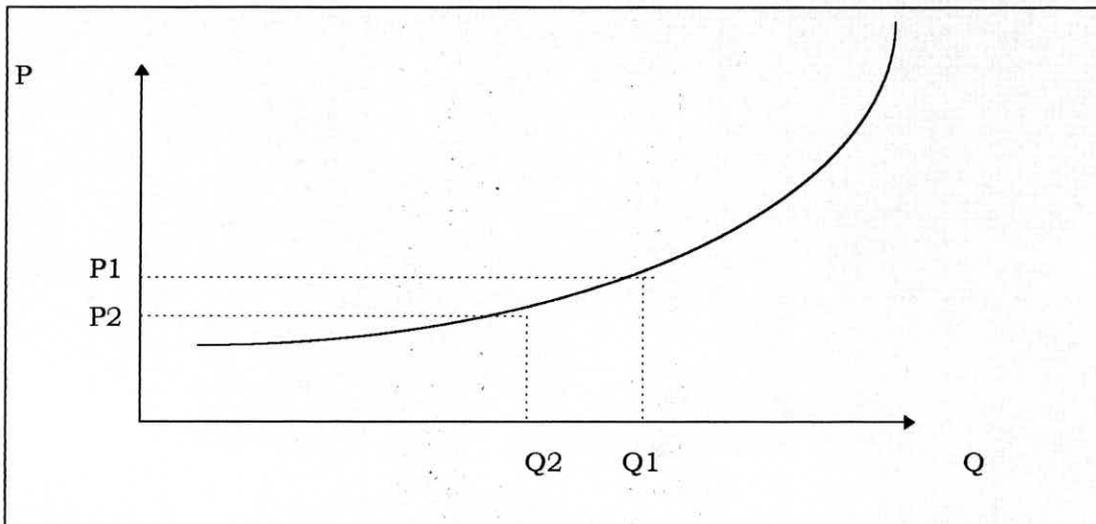
Primeiramente, será retratado em um modelo gráfico a formação dos preços, que pressupõe a estabilidade de todos os outros fatores (*ceteris paribus*), como nível de renda, hábitos de consumo, entre outros. A única variável a ser analisada será o preço do produto. Desta forma, é uma abstração teórica útil, porém irreal.

A oferta será representada da seguinte forma:



O preço que está representado no eixo P, será cada vez menor à medida em que cresce a oferta, representada pelo eixo Q. Um conseqüência deste fenômeno é descrito por Paul Samuelson como lei da procura decrescente "se o preço de uma mercadoria se elevar (ao mesmo tempo que são mantidas constantes todas as demais condições) menor a quantidade dela será procurada".

A demanda será representada da seguinte forma:



À medida em que o preço no eixo P aumenta, os produtores e comerciantes estarão dispostos a oferecer maior quantidade Q.

A proporção relativa de variação dos preços à medida em que varia a oferta ou a demanda é denominada como elasticidade. A elasticidade da demanda pode ser definida como a razão entre a variação relativa na quantidade procurada em função da variação de seus preços. Tal elasticidade é representada pela letra "e". A procura será elástica se a variação nela verificada for maior à proporção proporcional dos preços, ou seja;  $e > 1$ . A procura será inelástica se a variação da procura for menor que a variação proporcional dos preços;  $e < 1$ . A elasticidade será unitária se a variação da quantidade demandada for igual à variação proporcional dos preços;  $e = 1$ .

O raciocínio para a elasticidade da oferta é análogo ao da demanda.

Quando analisados os mercados, a curva da procura geralmente começa inelástica em seus pontos altos e termina elástica em seus pontos baixos, com elasticidade unitária em seus pontos intermediários. A afirmação para a curva de oferta é análoga.

A análise da elasticidade da oferta e da procura é muito interessante para a disciplina do poder econômico e à tutela da concorrência, pois a elasticidade da procura pode significar maior ou menor vantagem dos produtores em relação aos consumidores. Se o procura for inelástica pode permitir aos detentores do poder econômico aumentar os preços, sem contudo ser causa de queda nas vendas(1), resultando em aumento da receita.

### 3. Situação de Equilíbrio dos Preços

Isoladamente, a representação gráfica da oferta e da procura não podem explicar o processo de formação dos preços. em cada uma das curvas, existem infinitas possibilidades de combinações de preço-oferta ou preço-demanda, sem termos elementos para optar por qualquer uma delas. Apenas conjugando-se as duas curvas que poderemos obter o preço resultante da combinação destes dois fatores conjuntos.

Apesar da necessidade didática da análise conjugada das curvas de oferta e demanda, deve-se ressaltar a observação feita por Samuelson, de que oferta e procura não são explicação final para os preços, mas categorias genéricas para analisar os fatores que atuam sobre os preços, "ao invés de respostas finais, são questões iniciais", pois mais do verdades absolutas, indicam meras tendências.

Dessa forma, para se compreender a situação de equilíbrio entre essas duas forças e do preço daí resultante, deve ser analisada a conjugação destas duas forças.

O preço de mercado será dado pela intersecção das duas curvas (considerando-se todas as demais condições no mercado fixas). O modelo pressupõe que, no mercado, todas as operações sejam realizadas ao mesmo preço, sem qualquer diferenciação entre produtores e consumidores.

A descrição do modelo e de como os preços são levados à situação de equilíbrio é muito útil para a análise da função que os preços exercem na economia e conseqüentemente para a compreensão da concorrência ser juridicamente tutelada.

Supondo que haja uma elevação da demanda de um determinado bem em um determinado mercado, a elevação do preço e dos ganhos atrairá o interesse de novos produtores dispostos a investir na produção do bem que tenha se tornado mais escasso. Pela movimentação desses produtores e pelo incremento daí gerado, reduzirá a escassez e por conseguinte os preços, beneficiando os consumidores, com os recursos produtivos melhor alocados.

Dessa forma, os preços direcionam as decisões de investimento que são atraídos para produtos escassos contribuindo para a diminuição dessa escassez e dos preços. Com isso é promovida uma migração de produtores de mercados onde há excesso de produção para mercados onde há escassez de produção, direcionando a uma eficiência econômica.

A função dos preços, assim considerado, é de orientar a produção, então sua tutela jurídica deve adequar-se a esta função, já que, segunda a conhecida afirmação de Ihering, não há norma jurídica que não deva sua razão de ser a uma finalidade.

Os mercados não possuem uma capacidade absoluta de se auto regular como nos antigos moldes do *Laissez Faire*. A intervenção do Estado faz-se necessária para assegurar a concorrência, sem deixar de vista a influência dos preços na economia.

Se o Estado dita um preço inferior ao que seria de equilíbrio, as curvas de oferta e demanda demonstrarão que os compradores estarão dispostos a adquirir uma quantidade de produtos superior ao que os produtores estarão dispostos a produzir/oferecer ao preço fixado. Se os limites legais forem respeitados, os compradores somente pagarão os preços legais, possibilitando o

desabastecimento, que pode ser compensado pelo racionamento que não acabará com a escassez, mas apenas reprimirá a procura.

#### 4. Concorrência Perfeita

A análise do modelo de concorrência perfeita deve ser ressaltado pelo fato de ser uma abstração teórica, impossível de ser encontrado nos mercados reais. A análise tem por objetivo obter um parâmetro de comparação, mais do que fornecer explicação sobre fatos reais.

A concorrência perfeita parte da premissa de que há multiplicidade de compradores e vendedores de tal forma a tornar suas participações unitárias insignificantes dentro de todo o contexto. Assim, são incapazes de afetar o preço de equilíbrio ou de mercado por seus comportamentos. A quantidade produzida por unidade produtora será tão insignificante que se algum produtor reduzir seus preços, seus produtos serão tão rapidamente vendidos que seus concorrentes nem se aperceberiam. Indo mais além, o modelo pressupõe que para o concorrente individual não seja economicamente viável aumentar a oferta através da diminuição dos preços, já que com preços inferiores sua receita seria inferior aos custos, então deveria ele diminuir sua produção de modo a reduzir seu prejuízo. O aumento de oferta só seria possível com a entrada de novos produtores.

Nesse modelo, o preço de mercado é absolutamente uniforme.

Mais que isso, os produtos ofertados devem ser rigorosamente idênticos, não só em relação ao preço, mas também em relação às características e qualidade, sem qualquer identificação de marca, o que seria incompatível com o modelo.

Ainda há outras perfeições que o modelo exige, elencadas a seguir:

- perfeito acesso às informações de mercado, ou seja, perfeito conhecimento dos produtos e preços de mercado;
- perfeita mobilidade dos fatores de produção, a fim de que todos os produtores tenham acesso às tecnologias e insumos necessários à produção;
- ajustes instantâneos, que nos mercados reais demoram muito até se concretizarem, fazendo com que mesmo em mercados intensamente competitivos, uma eventual situação de equilíbrio possa perdurar por algum tempo;
- custos marginais crescentes, com inexistência, portanto, do fenômeno de economia de escala, ou outras possíveis barreiras à entrada de novos competidores;
- ausência do fenômeno das externalidades, que geram custos e benefícios sociais, que resultam uncompensados, e por isso, deixam de sinalizar adequadamente a escassez, do que é exemplo a poluição ambiental.

Considerando todos estes fatores, temos que todos os consumidores e compradores são iguais, exatamente no estilo liberal clássico. Levado ao extremo, este modelo conduz à conclusão de que em todas as atividades da economia as taxas de lucro são iguais na situação de equilíbrio, como explica Areeda & kaplow em "Antitrust Analysis - Problems, Text and Cases", "suppose that consumer's preferences change so that more is demanded of one product

than is being produced at the prevailing price. Consumers will bid its price up and thus generate more profits for its producer. This differential profit rates will induce a compensating flow of resources. Firms and individuals will devote more of their resources to the production of the undersupplied good. They will devote less of their resources to the production of the over supplied goods. These resource flows will tend to depress the prices and profits of firms originally producing the undersupplied good (they face new competition and elevate the prices and profits of firms still producing the oversupplied products (some of their former competition has withdrawn to produce the undersupplied good). The economy will eventually reach a new equilibrium in which profit rates in all activities will again be equal - because as long as the profits are unequal, firms earning lower profits will be induced to shift to production of high-profit goods." O poder econômico está ausente e a situação de equilíbrio será novamente instalada. O preço resultante da intersecção das curvas de oferta e demanda, caso que as condições econômicas serão ótimas.

Se considerado individualmente, o comportamento do competidor não é diferente do produtor monopolista, pois ambos procuram maximizar seus lucros a diferença está no fato do competidor não influir no volume total da quantidade ofertada, e portanto nos preços do mercado.

A maximização dos lucros se dará pela fixação da oferta individual segundo o critério de custo marginal (custo de uma unidade a mais), considerando incluídos no custo marginal os lucros normais. Como o competidor não pode influir sobre o preço de mercado e não há economias de escala, a receita será a mesma seja qual for a quantidade que ofertar e vender.

A receita marginal é aquela obtida pela venda de mais uma unidade é igual ao preço de mercado, pois sem reduzir o preço de mercado, o competidor pode vender qualquer quantidade que queira.

O competidor perfeito dimensionará sua redução no ponto em que o custo marginal iguale-se ao preço de mercado (que é igual à receita marginal).

Neste modelo, o produtor é obrigado a seguir o mercado, já que não influencia nela e é totalmente por ele controlado. É forçado a produzir o que o mercado determina, ou seja, em conjunto com seus concorrentes, tanto quanto possível a fim de reduzir a escassez ao mínimo, segundo as possibilidades materiais. A remuneração é apenas a suficiente para o manter em atividade.

## 5. Monopólio

Ainda analisando modelos, o outro extremo; o monopolista.

A palavra monopólio deriva do grego *monopôlion*, composta por *monos*, que significa só, e *pôlein* que tem o sentido de vender, encerrando o sentido de "venda por um só".

Sendo o único vendedor, o monopolista tem total controle da quantidade a ser ofertada no mercado. Conseqüentemente influirá de forma determinante no preço, fazendo-o oscilar de forma inversamente proporcional à oferta. Querendo obter o máximo de lucro possível, direcionará sua oferta para tal ponto.

A curva do monopolista difere muito da curva traçada anteriormente para o competidor individual. Para aquele, as quantidades procuradas serão mais altas para preços mais baixos e mais baixas à medida que se eleva os preços, podendo

variar sua elasticidade segundo as características do produto analisado. O perfil da curva de procura determinará ainda uma outra diferença. Ao aumentar a oferta os preços de mercado obtido será cada vez menor e sua receita marginal também será decrescente e em nível ainda maior que o verificado nos preços.

A tabela a seguir exemplifica a evolução de receita e custo, conforme a oferta.

Q	Ct	Cm	P	Rt	Rm
1	10	10	20	20	20
2	15	5	19	38	18
3	18	3	18	54	16
4	20	2	17	68	14
5	21	1	16	80	12
6	22	1	15	90	10
7	23	1	14	98	8
8	24	1	13	104	6
9	26	2	12	108	4
10	30	4	11	110	2
11	36	6	10	110	0
12	44	8	9	108	-2
13	54	10	8	104	-4
14	66	12	7	98	-6
15	80	14	6	90	-8

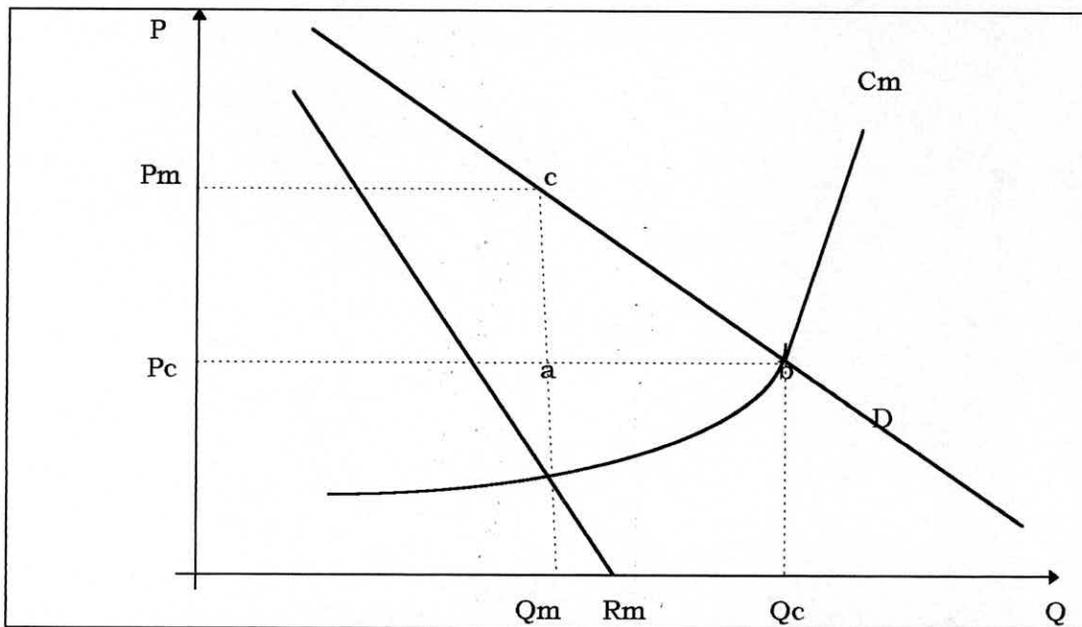
Legenda:

- Q = Quantidade Ofertada
- Ct = Custo Total
- Cm = Custo Marginal
- P = Preço
- Rt = Receita Total
- Rm = Receita Marginal

Analisando a tabela, temos que o monopolista irá dimensionar sua produção em dez unidades, já que assim obtém a maior receita total (110).

Igual receita obteria se ofertasse onze unidades, mas não fará isso pois a receita marginal seria zero sendo desinteressante o esforço a mais que não seria remunerado.

O monopolista aumentará sua oferta enquanto sua receita marginal for maior que o custo marginal, enquanto isso ocorrer, a venda de uma unidade a mais representará ganhos. Como a receita marginal nunca será superior ao preço e por ser ela mais acentuadamente decrescente que a curva da procura, sua representação gráfica nos revelará que sua intersecção com a curva de custos marginais ocorrerá em um nível de preços superior ao ponto em que a curva de custos marginais se cruzará com a de procura, ponto esse em que seria normal que o monopolista fixasse a quantidade ofertada, caso estivesse ele sob regime de concorrência perfeita.



Analisando o gráfico, temos que o ponto de intersecção entre as curvas de receita marginal (Rm) e custo marginal (Cm), determinará um preço de monopólio ( $P_m$ ) superior ao que seria em regime de concorrência perfeita ( $P_c$ ), que se fixaria no ponto de intersecção da curva de procura (D) com a de custo marginal (Cm), conforme gráfico anterior.

O quadrilátero entre os pontos  $P_m$ ,  $P_c$ , a, c representa o lucro adicional do monopolista, ou seja, a parcela da renda social que ele se apropria em detrimento dos consumidores, em nível superior ao que lhe tocara em regime de liberdade plena ou de concorrência perfeita. A parte da procura compreendida entre  $P_m$  e  $P_c$  que, caso houvesse oferta a preço competitivo, seria atendida, deixou de ser, representando uma escassez excedente em prejuízo dos consumidores. O triângulo formado pelos pontos a, b, c representa o valor dessa escassez excedente, denominada como peso-morto do monopólio (deadweight loss of monopoly).

Tal análise considera os ganhos adicionais do monopolista como apropriação indébita, como usurpação da renda social. Cabe ressaltar aqui que se trata de análise de um modelo. Outras razões que não meramente a relação

econômica eficiência-preço podem justificar a existência de monopólios ou de graus de concentração empresarial diversos daqueles almejados pelo modelo de concorrência perfeita.

O fenômeno de aumento de eficiência econômica com redução de custo unitário ao passo em que se aumenta a produção, ou seja, economia de escala, pode justificar a existência e manutenção de um monopólio. As economias de escala podem justificar o surgimento dos monopólios naturais em cujos mercados não há espaço para mais do que um, pois a existência de dois concorrentes faria a falência de um ou de ambos. o mesmo pode acontecer quando da ocorrência das Escalas Mínimas de Eficiência, que se caracteriza por tornar necessária a instalação de uma unidade mínima de produção para se atingir um nível mínimo de eficiência na atividade e se tal, dimensão mínima for suficiente para atender todo o mercado, a existência de dois competidores fará com que eles não atinjam esse mínimo, provocando a não manutenção de suas atividades.

Prosseguindo a análise do custo social do monopólio, deve-se saber qual o destino que o monopolista dá ao seus lucros extraordinários. Se tal recurso for alocado em benefício social proporcional à perda da sociedade devido ao custo adicional imposto à comunidade, então o monopólio é justificável. É de Schumpeter a afirmação de que somente a concentração econômica pode3 oferecer recursos suficientes para o avanço tecnológico. A afirmação é polêmica e pouco aceita, mas serve para ilustrar como pode haver outras razões que não a eficiência-preço para justificar a existência de monopólios, como por exemplo, a questão debatida da competição/competitividade internacional por Isabel Vaz em seu Direito Econômico da Concorrência.

Portanto, a admissão ou não de elevada concentração econômica em um dado mercado é uma questão de política econômica, que o Estado desenvolve através dos instrumentos de Direito. Mas também não pode se dizer que há monopólios legais, juridicamente assegurados a determinados agentes econômicos. Não se trata dos monopólios que o Estado reserva para si, como o do petróleo como já ocorreu entre nós. Há monopólios que são universalmente aceitos e assegurados a agentes privados como é o caso dos direitos autorais, dos privilégios de marca e de patente, que outorgam a seus titulares o direito de exploração exclusiva, ainda que temporária.

## 6. A Concorrência Monopolística

Parece contraditório o termo concorrência monopolística, que traz em si dois modelos teóricos opostos. O termo tem como autor Chamberlin no ano de 1933 e neste mesmo ano Joan Robinson publica seu estudo "The Economics of Imperfect Competition", onde procurou descrever o mesmo fenômeno, buscando aproximar os modelos teóricos ideais à realidade dos mercados. Assim, concorrência imperfeita ou concorrência monopolística servem para designar o mesmo fenômeno.

Em sua teoria, Chamberlin distingue os conceitos de concorrência pura e concorrência perfeita. A concorrência pura é aquela onde haja inexistência de monopólio ou multiplicidade de ofertantes de um bem homogêneo. O conceito de concorrência perfeita pressupõe perfeição em outros aspectos, como mobilidade de dos fatores de produção, perfeito conhecimento das informações relativas ao mercado por todos os integrantes, instantaneidade de ajustes de mercado, entre outras.

No modelo de concorrência pura não se presume a existência de tais imperfeições mas apenas a existência de vários competidores oferecendo produtos homogêneos sucedâneos uns dos outros. Perfeições como ótima mobilidade dos fatores de produção, perfeito conhecimento do mercado e dos custos, influenciariam na facilidade de se alcançar o equilíbrio dos preços no mercado, do que no processo através do qual esse equilíbrio é alcançado em regime de concorrência ou monopólio. Assim, tal como a concorrência perfeita, poderia haver monopólios com o mesmo nível de perfeição (mobilidade dos fatores, perfeito conhecimento dos mercados...), bem como outros, que ao contrário seriam monopólios imperfeitos. Por outro lado os monopólios também estão sujeitos à concorrer com seus sucedâneos em determinados níveis de concorrência, determinados pela maior ou menor elasticidade da curva de procura pelo produto monopolístico.

Segundo Chamberlin no mundo real não há perfeição, os mercados reais são mais ou menos imperfeitos e nos mercados reais onde impere a concorrência pura, os preços meramente tendem ao ponto de equilíbrio e não necessariamente coincide com ele.

A homogeneidade do produto é fundamental para o andamento do modelo de concorrência pura, de forma que todos os concorrentes contracenem em um mercado único. Tão importante é o número de ofertantes, pois quanto mais forem, mais próximo está do modelo de concorrência pura. Quanto mais se diminui o número de concorrentes, mais se afasta do modelo de concorrência pura e se aproxima do de concorrência monopolística.

Quanto maior a diferenciação do produto mais se aproxima do modelo de monopólio, pois cada produtor é monopolista em relação a sua variedade de produto, embora sujeito à concorrência de produtos sucedâneos. A curva da oferta individual será mais elástica que em concorrência pura e poderá influir na quantidade ofertada em maior ou menor grau, segundo sua política de preços individual. Assim ele é um monopolista em concorrência, em decorrência do que Chamberlin chamou de concorrência monopolística, onde a maioria dos preços contém elementos monopolísticos que se combina, em formas diversas com a concorrência.

A intensidade do nível de concorrência é diretamente proporcional ao número de concorrentes e inversamente ao grau de diferenciação dos produtos. Raciocínio inverso se aplica ao nível de monopolização e a este será também relevante o nível de consciência que cada um dos concorrentes tem das reações que seus concorrentes terão em face de suas atitudes individuais. Se o grau de consciência for pequeno, poderá impedir a adoção por parte dos concorrentes de comportamentos estratégicos que podem ensejar resultados anticompetitivos, comportamentos esses que serão abordados mais adiante quando da análise da teoria dos jogos.

Na teoria de Chamberlin o monopólio e a concorrência não são modelos excludentes e com frequência se mesclam, pois os privilégios de patentes são monopólios que não excluem a concorrência, já que produtos patenteados devem concorrer com afins. Em certa medida as patentes estimulam a concorrência favorecendo o avanço tecnológico e possibilitam que invenções novas possam concorrer com aquelas anteriormente patenteadas. O mesmo ocorre com os direitos autorais e os privilégios de marca.

A explicação dos processos de formação de preço no mercado, deve combinar os aspectos de concorrência e monopólio. A teoria do monopólio se adequa para a análise de preço de produtos bem diferenciados, sem eliminar contudo a

concorrência já que é levada em conta que ao se reconhecer a possibilidade de haver troca de um produto por outro a elasticidade da curva de procura é afetada. Em regime de concorrência pura, o mercado de cada vendedor se confunde com o de seus rivais, pois tem-se um mercado único para todos eles, enquanto que na concorrência monopolística os mercados mantêm certo isolamento - há uma rede de mercados em estreita relação.

Em concorrência pura o vendedor pode vender a quantidade que quiser ao preço de mercado e analogamente ao modelo de concorrência perfeita, dimensionará sua produção segundo seu custo marginal e o preço é um dado externo a ele já que nele não pode influir. No modelo de concorrência monopolística as vendas se condicionam a três fatores: variações no preço, variações na natureza do produto e gastos com publicidade. Não se trata apenas de ajuste de preço ao produto mas de ajuste de produto ao preço determinado e aqui trata-se de concorrência não de preços (non price competition), conforme adiante abordado no tópico dedicado a oligopólio.

Também deve-se levar em conta que dado o imperfeito conhecimento dos consumidores dos meios disponíveis para satisfazer seus desejos, os gastos em publicidade e os custos de venda devem ser levados em conta para a análise de formação dos preços, já que são apartados dos custos de produção.

Através de análises gráficas, Chamberlin logra mostrar que os preços em regime de concorrência monopolística estabelecem-se em níveis mais altos dos que os que seriam em equilíbrio em mercados de concorrência pura, aproximando-se do modelo de monopólio quanto maiores forem os elementos monopolísticos do mercado. Além de preços mais altos, a produção será mais reduzida do que em concorrência pura. Cada concorrente determinará sua política de preços buscando adequá-la ao volume que deseja necessário para alcançar o ganho máximo.

Além disso, podendo efetuar também ajustes de produto e não só de preço, demonstra o economista em questão que nem sempre o produtor escolhe o produto de menor custo ou de maior procura, pois é as vezes produtos de maior custo e menor procura que proporciona maiores ganhos. Ainda, assim como para o mesmo produto o preço será superior em condições monopolísticas do que em concorrência pura, também a qualidade do produto tomado um preço constante será algo inferior. E com base nessas premissas formula uma nova Teoria do Valor, onde procura analisar os mecanismos de formação dos preços conjugando elementos concorrenciais e monopolísticos, que antes eram conceitos antagônicos.

Todavia, os conceitos abordados por Chamberlin devem ser transportados para o campo jurídico com muita cautela, pois o conceito jurídico de monopólio tem conotação e extensão diversas daquelas empregadas no modelo da concorrência monopolística, onde qualquer diferenciação de produtos, em maior ou menor grau, um elemento monopolístico. No campo jurídico não será caracterizado monopólio somente com alguma diferenciação do produto. E por outro lado, a existência de um monopólio legal pode não ter relevância no campo da disciplina jurídica do poder econômico e da concorrência. Aquele que detém uma patente terá o monopólio legal de somente ele se utilizar do produto, sem ter qualquer relevância no campo da política antitruste, assim como aquele que detém um privilégio de marca.

Para se caracterizar o poder econômico, há a necessidade de delimitar mercado relevante, como será visto adiante. No âmbito do mercado relevante, podem ser incluídos vários produtos afins, perfeitos ou não. Também detentores

de monopólios legais poderão estar em competição, sem que nenhum deles detenha parcela de poder econômico juridicamente relevante, sob o pinto de vista da política antitruste.

A utilidade dos conceitos de Chamberlin consiste não só na desmistificação de modelos teóricos, mas também trazer a relatividade dos conceitos de monopólio e concorrência fornecendo embasamento teórico para a compreensão dos conceitos de mercado relevante e de posição relevante abordados. Como ensina Geraldo de Camargo Vidigal em "Teoria Geral de Direito Econômico", as empresas não se apresentam em situação de equivalência nos mercados que competem "diferenciais de dimensão, de aviamento, capacidade empresarial, projetada esta em iniciativa, em inovação econômica, em organização, em agressividade, distanciam entre si as empresas e criam no mercado esferas de poder, freqüentemente resultando em relações de dominação, com sacrifício para a sensibilidade dos indicadores do mercado e com o amortecimento de seus mecanismos de eficiência (...). A tutela jurídica da competição, voltada contra os abusos de poder econômico (...) há de exercitar-se, porém, de forma a ajustar-se à preservação desses mecanismos, sempre que a eficiência produtiva social o impuser, pois freqüentemente devem eles receber tutela equivalente, para que os ganhos de eficiência fundados em economias de escala propiciem a competitividade dos produtores locais nos mercados externos e, mais do isso, a competitividade do produtor local, nos próprios mercados internos, contra a competição vinda do exterior".

## 7. Oligopólios e Teoria dos Jogos

O termo oligopólio deriva do grego, assim como monopólio: oligos significa poucos e pôlein, vender. Assim o sentido é da venda por poucos. Havendo poucos ofertantes no mercado, são duas as hipóteses de conduta: a independência e o conluio.

Havendo conluio, teremos a formação de um cartel e se reunir todos os ofertantes será um monopólio, como se um só produtor oferecesse o produto através de suas várias filiais. O modelo de formação dos preços seguiria então o modelo de monopólio com algumas pequenas modificações no que se refere à instabilidade do equilíbrio que será abordado mais adiante.

Com a inexistência de acordo entre os concorrentes oligopolistas, cada um agiria sem levar em consideração a reação que suas atitudes pudessem causar em seus adversários. O modelo clássico que analisa esta hipótese foi desenvolvido por Augustin Cournot em "Recherches sur Le Principes Mathematics de la Théorie des Richesses" na primeira metade do século passado. Ao modelo de Cournot seguiram-se outros como os de Bertrand, Edgenworth e Stackelberg.

No modelo de Cournot há a premissa de existirem apenas dois produtores de um produto homogêneo (na hipótese de Cournot, tratava-se de água mineral), com identidade de custos, os quais por simplificação são tidos como inexistentes, sendo que todos os ajustes se dão em relação ao volume de oferta e não em relação a ajustes de preços.

Supondo a situação: o produtor X é um monopoilista prestes a enfrentar a concorrência do produtor Y. Antes da entrada do produtor Y, X procurará maximizar seus lucros como um monopolista, dimensionando sua oferta no

ponto em que sua receita marginal iguale-se aos seus custos marginais. como nesta hipótese não há custo marginal, temos que  $C_m = R_m = 0$ . O preço vigente nesta situação será igual a  $P_m$ , o preço do monopólio que proporciona lucros máximos a X, sendo que B' é a metade do procura compreendida entre B e C.

Com o ingresso de Y no mercado, que estará atendido por X pelo preço  $P_m$ , até o ponto B'. Y, portanto se defrontará com a procura restante compreendida entre os pontos A' e C, com a receita marginal  $R_m'$ , derivada da inclinação desta curva de procura residual. Y toma como certo que X manterá sua oferta constante, não considerando que com sua entrada provocará em X alguma reação. Considerando as curvas compreendidas entre A', B' e C como se fossem um gráfico independente, Y tal como X, procurará maximizar seus lucros, dimensionando sua oferta no ponto em que sua receita marginal iguale seus custos, ofertando metade dessa procura residual que é  $\frac{1}{4}$  da procura total, ao preço  $P_y$ , inferior ao preço  $P_m$ .

X, encarando o aumento de oferta pela entrada de Y e não considerando as reações que suas atitudes provocarão em Y (supondo que manterá sua oferta individual constante em  $\frac{1}{4}$  do eixo AC), verificará que sua procura residual diminuiu a  $\frac{3}{4}$  da anterior (a procura total quando do monopólio), já que  $\frac{1}{4}$  está sendo atendida por Y. Reduzirá, portanto, sua produção na mesma proporção, a fim de maximizar seus lucros, com conseqüente redução de seus preços. A redução de X será encarada por Y como aumento de sua procura residual provocando redimensionamento de sua produção a nível superior ao inicial, tendo em vista que Y elevará sua produção no proporção da metade da procura residual acrescida. A metade por ele abandonada será considerada por X, que redimensionará sua produção, reduzindo-a como antes deixando para Y mais uma parcela para ajustes e assim sucessivamente.

Evoluindo matematicamente, Cournot conduz à conclusão de que o ajuste final de equilíbrio se situará no ponto em cada oligopolista produzirá um terço da procura total, deforma que a produção individual seja igual a procura residual. Segundo Chamberlin, os ajustes assim se terão estabilizado, já que a produção individual é igual à metade de sua soma com a demanda residual. O volume ofertado será então, superior ao que ocorreria em caso de monopólio, reduzindo conseqüentemente os preços (ao nível de P Cournot), os quais entretanto, seriam superiores se em regime de concorrência pura (considerando que os custos são inexistentes, o equilíbrio de longo prazo em regime de competição conduziria ao que o preço puramente concorrencial tendesse a zero, ponto em que a procura igualaria a curva de custos médios).

Em caso de entrada de novas firmas, elevando o número de concorrentes, o ponto de equilíbrio de Cournot iria se aproximando do preço de concorrência pura, em virtude do aumento de oferta provocada pela entrada de novos competidores. Em um mercado com N empresas idênticas e elasticidade de demanda e, o montante de poder do mercado a ser exercitado por empresa, isoladamente considerada, será o determinado pelo índice de Lerner assim apurado:

$$(P - C_m) / P = 1 / N_e$$

Deve-se sempre considerar que o nível de simplificação das premissas do modelo de Cournot é extremado, dificilmente encontrado na realidade, assim como o resto da maioria dos modelos econômicos, mas serve para ilustrar que o preço em regime de oligopólio, embora não tão alto quanto o do monopólio, tende a ser superior ao que se estabeleceria em regime de concorrência pura. Isto

torna-se mais claro quando consideramos os oligopolistas capazes de antecipar a reação de seus concorrentes, efetivos ou potenciais.

Quando poucos concorrentes estão no mercado e sabem que uma baixa individual nos preços irá acarretar na mesma atitude dos rivais, com perdas mútuas, o oligopolista tenderá em não tomar a iniciativa de baixar seus preços. Os oligopolistas tenderão, ainda que tacitamente, a estabelecer seus preços em níveis superiores aos de mercado de concorrência perfeita, mas inferior que o de monopólio, por temerem o acesso de empresas concorrentes. Segundo Samuelson, o fenômeno de fixação de preços em nível inferior ao que seria possível, com o sentido de não incentivar a entrada de concorrentes potenciais, é conhecido pelos norte-americanos como Limit Pricing Strategy e pode ocorrer também em relação aos monopólios.

Para se compreender esta forma de equilíbrio, é muito útil examinar a Teoria dos Jogos, que cuida da análise da interação dos comportamentos estratégicos dos indivíduos.

O Dilema dos Prisioneiros, abordado pela teoria dos jogos, pode ilustrar o mecanismo de formação do equilíbrio em modelos como o de Cournot. Nele, dois cúmplices são presos por um delito menor, mas suspeitos de um delito maior e interrogados separadamente, um sem saber qual será o depoimento prestado pelo outro. A condenação pelo delito menor é certa, enquanto em relação ao delito mais grave, não há testemunhas e somente o depoimento dos dois poderá incriminá-los. No melhor estilo norte-americano do *plea bargaining*, a polícia oferece uma pena mais branda para aquele que confessar e o dimensionamento desta pena dependerá do outro confessar ou não.

Supondo as seguintes ofertas:

- caso o interrogado incrimine seu companheiro, confessando o delito mais grave, e vindo o cúmplice a negar a respectiva autoria, o delator se verá solto, sem qualquer punição, enquanto o outro sofrerá a pena de seis meses de prisão;
- se ambos confessarem, serão em conjunto condenados a três meses, por ambos os delitos;
- se ambos não confessarem a autoria do crime maior, serão condenados a pena mais leve de um mês de prisão.

A tabela a seguir ilustra as opções cada um dos prisioneiros:

	Confessar	Negar
Confessar	A:-3 / B:-3	A: 0 / B: -1
Negar	A:-6 / B: 0	A:-1 / B:-1

Pode-se constatar que, para o prisioneiro A, o melhor será confessar, independente da alternativa adotada pelo prisioneiro B. Ele estará optando entre uma relação de 3 a 0 meses de prisão ou uma de 6 a 1 mês de prisão. Se não

confessar, arrisca-se a uma pena mais alta, de seis meses, em confessando, a maior pena possível será de três meses. O mesmo acontecerá com o prisioneiro B, cuja melhor saída será confessar. O fato de cada um tentar, de uma maneira egoísta, a melhor saída para si, imaginando que o seu cúmplice também o faria, levará à confissão de ambos, recebendo, cada um, uma pena de três meses de prisão.

Pode-se constatar ainda que: o equilíbrio que se estabeleceu no exemplo citado não seria o melhor, entre outros, para ambos os prisioneiros. Para eles, o melhor seria que não confessassem para que pudessem receber uma pena em nível inferior, somente um mês de prisão.

O equilíbrio encontrado na situação abordada pelo dilema dos prisioneiros vem do fato de que o jogo foi realizado uma só vez. Se a experiência fosse repetida inúmeras vezes, cada prisioneiro poderia reagir à opção assumida pelo outro na rodada anterior e, à medida que a experiência lhes demonstrasse a melhor opção, segundo a reação do outro, o equilíbrio se estabeleceria quando ambos negassem o crime, melhor alternativa para os dois, em conjunto. Assim, se A negasse o crime, na primeira rodada, vindo B a confessá-lo (acontecendo a prisão de A por seis meses e a liberdade de B), A poderia alterar a confissão no próximo jogo, recebendo B uma sentença de três meses de prisão, na mesma medida que A. Imaginemos que B e A compreendessem esse mecanismo de ação e reação. No próximo jogo, B demonstraria sua boa vontade negando o crime, ao passo que A voltaria a confessá-lo; mas A, compreendendo o jogo, reagiria ao bom gesto de B da próxima vez, quando os dois negariam o crime, sofrendo uma pena de um mês de prisão. Qualquer tentativa de trapaça entre os dois prisioneiros levaria a um confronto imediato por parte do prejudicado, agravando a situação daquele que de início tivesse agido de má fé, que arcaria com três, ao invés de um mês de prisão. O medo gerado pela possibilidade de sanção evitaria a tentativa de usar de má fé.

Levemos o dilema dos prisioneiros para uma situação de oligopólio. A tabela 2 mostra a hipótese:

Tabela 2:

	Produzir 6	Produzir 8
Produzir 6	A: 60/B: 60	A: 30 / B: 80
Produzir 8	A: 80/B: 30	A: 40 / B: 40

Imaginemos que a participação de cada um dos competidores no mercado será de doze unidades, a níveis competitivos, de seis unidades, para a obtenção de lucros monopolísticos, e de oito unidades, ao nível do equilíbrio de COURNOT. À semelhança do exemplo anterior, caso nenhum deles possa antecipar por qualquer forma prever ou condicionar a escolha de seu oponente, ambos optarão

por produzir oito unidades, pois esta será a melhor opção qualquer que seja a atitude do outro. Com efeito, optando por produzir oito, o oligopolista A obterá, conforme seja a opção de B, 80 ou 40. Se optasse por produzir seis, obteria menos, somente 60 ou 30. O mesmo ocorreria com B, o que os levaria ao equilíbrio de COURNOT.

Vale lembrar que, na hipótese citada, parte-se da premissa que nenhum dos oligopolistas é capaz de avaliar os efeitos que suas ações podem provocar em relação a seu competidor, como no modelo COURNOT. O equilíbrio alcançado é, assim, bastante estável. Colocados numa situação de equilíbrio, nenhum dos competidores se beneficiará em alterar sua opção, se considerar constante a opção de seu oponente. Se, por exemplo, A resolvesse diminuir a produção, receberia trinta ao invés de quarenta, e o mesmo ocorreria com B. Entretanto, a situação alcançada pelo equilíbrio não é aquela em que ambos os competidores obteriam seus lucros máximos, o que ocorreria quando os dois estivessem apenas seis unidades (na Tabela 3, A: 60; B: 60).

Mas, dadas as características individuais do mercado, poderia ocorrer que, passássemos a hipótese antes abordada em que o jogo é executado um número indefinido de vezes. Aliás, será esta a que mais se aproxima da maior parte dos mercados reais, onde os negócios são realizados inúmeras vezes, dia após dia. Nessa hipótese, se atribuída a cada um dos competidores a capacidade de compreender a relação de suas ações com as reações do oponente, o equilíbrio tenderia à situação de maximização de ganhos comuns (na Tabela 3, A:60; B:60), como ocorreu no exemplo do dilema dos prisioneiros. Já aqui o equilíbrio alcançado seria em grande medida menos estável do que no exemplo anterior, pois ambos os oligopolistas ver-se-iam tentados a aumentar a sua produção, já que assim passariam a receber 80, ao invés de 60. O grau de estabilidade do equilíbrio, portanto, dependerá da intensidade do temor que cada um dos competidores tenha de vir a ser punido pelo outro, em jogos futuros, em função de sua deslealdade. Isto dependerá não somente do poder de sanção de que desfrute seu oponente, mas também da maior ou menor facilidade ou probabilidade de que sua deslealdade venha a chegar ao conhecimento de seu rival. Neste exemplo, parte-se da premissa de perfeição do mercado, o que inclui o pleno conhecimento sobre todas as informações relevantes, motivo pelo qual esta importante variável não foi levada em conta.

A análise da teoria dos jogos, apesar de ser uma extrema simplificação da realidade, é importante para demonstrar que a estrutura de oligopólio num determinado mercado pode levar o preço, através de comportamentos estratégicos, a níveis mais elevados do que o preço puramente concorrencial, atingindo patamares que podem aproximar-se do preço de monopólio, mesmo que entre os oligopolistas não haja um acordo propriamente dito. Como pôde-se observar, a interação de atitudes individuais pode conduzir tacitamente a tal resultado.

Como ensina CHAMBERLIN, o oligopólio não constitui só um problema, senão muitos, variando a solução conforme as condições supostas pelo analista. Se cada competidor tem compreensão total do impacto de suas atitudes nas reações dos outros, o preço será o de monopólio. Se não houver essa compreensão, o preço será o determinado pelo equilíbrio de COURNOT, podendo ocorrer, até, caso considerem os concorrentes que o preço de seus competidores é constante, uma "guerra de preços" que reduzirá o preço aproximando-o do nível concorrencial puro, o que também ocorrerá se todos os oligopolistas não tiverem nenhuma compreensão de sua influência direta ou indireta sobre os demais. Em resumo, o nível de compreensão que possuam os oligopolistas acerca

do funcionamento do mercado e, ainda, as próprias características deste, influem de forma decisiva no resultado que se obterá em relação aos preços.

Em contrapartida, a concorrência nos oligopólios nem sempre limita-se à questão dos preços, sendo comum competirem os oligopolistas em relação à qualidade dos produtos, ou mesmo a seus atrativos psicológicos, concorrência essa que pode ser muito acirrada, mantendo-se, entretanto, os preços dos sucedâneos em patamares equivalentes

Trata-se de concorrência não de preços (nom price competition), ou concorrência pela qualidade, que se faz presente não apenas nos mercados oligopolísticos, mas nos mercados de produtos diferenciados em geral, onde ocorra a já abordada concorrência monopolística, que permita aos concorrentes não só efetuar "ajustes de preço", mas também realizar os "ajustes de produto" a que se refere CHAMBERLIN.

## 8 . Cartel

Até aqui, no que se refere a oligopólios, pressupõem-se que não exista entre eles qualquer "acordo de preços", o que se configuraria um cartel.

Para viabilizar a formação de um cartel não há necessidade que haja poucos competidores. Um sindicato de panificação ou de motoristas de táxi pode fazê-lo, mesmo na presença de muitos competidores, através da divulgação de tabelas de preço obrigatórias. Mas é indiscutivelmente mais fácil que o acordo de preços se forme em mercados oligopolizados.

O cartel age como um monopolista: procura dimensionar o nível da oferta global no ponto em que se igualem os custos marginais e a receita marginal: o preço, portanto, será o de monopólio, caso o cartel abranja todos os concorrentes.

Cada um dos membros do cartel terá sua quota de produção, uma parcela da oferta total.

O cartel compõe as curvas individuais de cada competidor, apurando a curva resultante, para chegar a suas próprias curvas de custos e receitas marginais. Quando o cartel iguala as curvas coletivas de custo e receita marginal, as receitas marginais individuais de cada um dos produtores são substancialmente maiores do que seus custos marginais, já que a redução de preço causada pelo oferecimento de uma unidade a mais (unidade marginal), impacta somente sobre a quota de produção de cada um, sendo, em grande medida, descarregada nas quotas dos demais participantes do cartel. Se o monopolista produz 100 unidades e o oferecimento de uma unidade a mais provocar a redução do preço em \$1, sua receita marginal deverá ser diminuída em \$101. Já um membro do cartel, que tenha uma quota de apenas dez por cento da produção total, experimentará uma perda de receita marginal de apenas \$11, se for ele o responsável pelo aumento da oferta em uma unidade; o restante do prejuízo (\$90) será descarregado nos demais membros do cartel.

A estabilidade do equilíbrio no cartel dependerá, entre outros fatores, destarte, da sua maior ou menor capacidade de detectar e de punir desvios de conduta como esse. Entretanto, pode-se afirmar que a situação de equilíbrio de preços imposta pelo cartel tende a ser menos estável do que a de um oligopólio que se aproxime do equilíbrio de COURNOT, anteriormente abordada, já que no

cartel sempre valerá a pela violar as regras, aumentando a produção e reduzindo preços.

### 9 . Monopsônio e Oligopsônio

Os fenômenos do monopsônio e do oligopsônio constituem a imagem reflexa do monopólio e do oligopólio, respectivamente. São palavras que derivam do grego. Monos e oligos significam respectivamente um só e poucos. Já opsônein indica a posição de comprador. Portanto, monopsônio indica a existência de um só comprador – a compra por um só – enquanto oligopsônio indica a compra por uns poucos.

Os monopsonistas e os oligopsonistas procurarão maximizar seus ganhos como ocorre com relação aos oligopolistas e monopolistas. Mas os monopsonistas e os oligopolistas o farão através do controle da procura – enquanto compradores que são – e não reduzindo a oferta. Assim, exercendo controle sobre a procura global no mercado, reduzirão suas compras, a fim de baixar os preços de mercado. O preço de equilíbrio, por sua vez, localizar-se-á em patamar inferior ao preço puramente concorrencial.

Num primeiro instante, poderia parecer benéfico o efeito de redução de preços provocado pelos fenômenos do oligopsônio e do monopsônio, já que aparentemente favorável aos consumidores. Mas nem sempre as coisas são o que aparentam. Na realidade, consumidores normalmente não são beneficiados por situações como as mencionadas, pois tais fenômenos provocam, por reduzirem a procura, também uma redução da oferta e, portanto, escassez. Com efeito, ao reduzir-se a procura num dado mercado, a oferta também decrescerá, a fim de ajustar-se à primeira, determinando nova situação de equilíbrio de preços (mais reduzidos). Em segundo lugar, não há motivos para se acreditar que os oligo ou monopsonistas não reservariam esse ganho adicional para si, deixando de passá-lo adiante, no processo produtivo. É forçoso crer, ao contrário, que os agentes detentores dessa modalidade de poder econômico agiriam egoisticamente, preservando seus ganhos adicionais para si, uma vez que outra razão não poderia haver na aludida redução da procura, senão a maximização dos ganhos individuais. Além disso, se colocado o problema dentro da dinâmica do processo produtivo, a redução do consumo em relação aos insumos, provocada pelo mono ou pelos oligopsonistas, provocará também, provavelmente, uma redução na oferta do produto final em cuja fabricação tais insumos sejam empregados, dando espaço para manifestações de poder econômico também nos mercados localizados mais adiante no processo de produção.

Além disso, a situação de equilíbrio de preços encontrada em condições de monopsônio e oligopsônio em tudo será similar ao que ocorre com o oligopólio e com o monopólio, com a única diferença de que o controle será exercido já não mais pelo lado da oferta, mas agora pelo lado da procura. Não cabe, portanto, o exame mais detalhado dos fenômenos citados, bastando a compreensão daqueles anteriormente abordados.

Por fim, vale comentar, que a contraposição de um monopolista ao monopsonista dará ensejo ao surgimento do assim chamado monopólio bilateral, ou seja, um só comprador confrontando-se com um só vendedor. Nesse duelo de titãs, tanto poderá ocorrer que uma das forças prevaleça sobre a outra, quanto um ajuste em situação de equilíbrio de forças, ou ainda a própria destruição dos mecanismos de mercado, causada por uma luta demasiadamente acirrada.

## 10 . Barreiras de Entrada de Concorrentes

O grau de elevação do preço de equilíbrio acima daquele que seria o preço puramente concorrencial dependerá da maior ou menor facilidade com que novos concorrentes, atraídos pelos lucros excedentes, possam ingressar no mercado, intensificando a concorrência e, conseqüentemente, baixando o nível de preços, independente de tratar-se de monopólios, cartéis ou oligopólios.

O nível de equilíbrio é, portanto, influenciado não só pela concorrência real ou efetiva, mas também pela concorrência potencial ou iminente. Quando o ingresso no mercado for extremamente fácil, ainda que seja alto o nível de concentração, as empresas que atuam aí deverão estabelecer seus preços mais proximamente ao nível competitivo, já que, em caso de lucros excessivos, novos concorrentes ingressarão no mercado, aumentando a oferta e reduzindo os preços. Como exemplo, imaginemos uma empresa de transporte rodoviário de carga que seja a única atuante entre duas pequenas cidades, não havendo nenhuma restrição legal à entrada de outras empresas de transporte para o atendimento da mesma linha. Provavelmente essa empresa, embora em situação de monopólio de fato, não poderá cobrar por seu frete um preço muito acima dos níveis competitivos, já que preços excessivos levariam seus clientes a buscar transporte junto a outras empresas do ramo que, interessadas nestes lucros excedentes, rapidamente atenderiam a procura, realocando seus recursos produtivos extremamente móveis.

É pela intensidade daquilo que se convencionou denominar barreiras à entrada ou barreiras ao ingresso que é determinada a maior ou menor facilidade de entrada de novos concorrentes. Para os objetivos da disciplina jurídica do poder econômico, têm-se por barreiras à entrada os fatores existentes em um dado mercado que permitam às empresas nele atuantes auferir preços superiores aos puramente competitivos sem serem ameaçadas pela entrada de novos concorrentes.

Existem três advertências feitas por AREEDA & KAPLOW sobre o conceito de barreiras à entrada. Primeiro, as barreiras de entrada não têm caráter absoluto: aquelas que barram algumas empresas podem não ser capazes de deter outras e, normalmente, mais do que impossibilitar, elas apenas retardam o ingresso de novos concorrentes. A segunda advertência mostra que a avaliação da magnitude das barreiras não depende somente da análise de dados objetivos mas também das expectativas individuais dos concorrentes potenciais a respeito de qual será o resultado de seu ingresso no mercado. Portanto, modestos lucros excedentes podem incentivar a entrada de novos produtores, caso eles esperem que o aumento de produção daí decorrente não seja capaz de eliminar tais ganhos, enquanto lucros maiores poderiam não ser capazes de atrair tais concorrentes potenciais, caso eles supusessem que, com a sua entrada, os lucros cairiam a níveis insuficientes para justificar seus investimentos. A terceira advertência ressalta que as barreiras podem não só obstruir a entrada de novos concorrentes, mas também impedir a expansão dos atuais pequenos competidores, que já estão no mercado.

Juridicamente, destarte, a existência de barreiras à entrada pode configurar ofensa à livre iniciativa, tomada esta como liberdade de ingresso e de permanência no mercado.

Como informa HOVENCAMP, no campo econômico há divergências quanto ao conceito de barreiras à entrada. Para Joe S. Bain, o conceito de barreiras à entrada mede a extensão em que as empresas já presentes no mercado possam, no longo prazo, elevar seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição. Já George J. Stigler entende que as barreiras caracterizam-se como sendo os custos que devam ser suportados pelos novos concorrentes mas que não

tenham onerado aqueles que anteriormente ingressaram no mercado. As consequências da escolha entre um ou outro conceito podem ser grandes. Por exemplo, na conceituação de Bain, as economias de escala se caracterizariam como barreiras à entrada, enquanto para Stigler não. Para este a conceituação de barreiras à entrada deveria distinguir o ingresso desejável do não desejável. Suponha-se, por exemplo, que um mercado oligopolizado esteja sendo atendido por três empresas que já tenham alcançado a Escala Mínima de Produção. Se tal escala mínima for superior a um quarto do nível de oferta em clima puramente competitivo e, supondo igual a participação de cada concorrente na oferta total, a entrada de um novo concorrente faria com que nenhum deles conseguisse atingir esse volume mínimo de produção, o que poderia, ao invés de reduzir, aumentar o preço. Como o conceito de STIGLER tem em vista aspectos de eficiência econômica, é de extrema utilidade no campo da análise econômica.

Entretanto, é o conceito de BAIN que vem prevalecendo, nos Estados Unidos, na análise antitruste, tendo sido adotado pelos Mergers Guidelines de 1992, editados pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano e pela Federal Trade Commission.

A existência de barreiras à entrada não justifica, por si só, a atividade antitruste do Estado: as barreiras constituem apenas um dos elementos que devem ser levados em conta quando da aplicação das normas jurídicas que falam sobre o poder econômico e a tutela da concorrência. Com efeito, há barreiras que podem ser caracterizadas como naturais, pois são inerentes às próprias características do mercado, como geralmente é o exemplo das economias de escala. Entretanto, outras podem ser erigidas pelos detentores de poder econômico, e serão classificadas como artificiais. É o caso da empresa que comprasse todas as patentes dos produtos potencialmente concorrentes ao seu, para não explorá-las. Como é intuitivo, as barreiras artificiais serão objeto da ação repressora do Estado com mais frequência do que as naturais.

As barreiras à entrada podem ser consideradas por diversas ordens de fatores.

A doutrina norte-americana, acompanhando a lição de BAIN, considera as economias de escala barreiras à entrada, o que, para STIGLER, seria o oposto. Na presença do fenômeno das economias de escala, por exemplo, a empresa que detenha poder econômico poderá exercer sua política de preços no sentido de, dimensionando seus lucros excedentes em níveis inferiores ao ponto de maximização de lucros, tornar não atraente a entrada de seus concorrentes. A escala mínima de eficiência, por outro lado, poderá ser de tal magnitude que o concorrente potencial possa prever que o preço decorrente do aumento da oferta, ocasionado por seu ingresso, viria a ser de tal forma reduzido, que sua entrada no mercado não se justifica economicamente.

A entrada de novos concorrentes pode estar condicionada ao risco associado às exigências de altos investimentos de capital. O concorrente potencial avalia quais serão seus prejuízos caso sua entrada não tenha sucesso. Surge então o problema dos investimentos a fundo perdido, que, segundo Mergers Guidelines, são aqueles que não podem ser reavidos pela recolocação dos fatores de produção fora do mercado relevante. O concorrente poderá ter que efetuar gastos em propaganda, que necessariamente não recuperará caso, em dado momento, resolva abandonar o mercado. Da mesma forma, caso tenha que adquirir equipamentos altamente especializados, feitos sob medida, poderá não conseguir vendê-los a bom preço a terceiros que tenha necessidades diferentes das suas. Dentro do mercado relevante, tendo em vista que geralmente a causa da retirada de uma empresa é o excesso de

oferta, seus concorrentes normalmente não estarão interessados em comprar tais equipamentos, senão por valor reduzido.

Pode-se constituir uma barreira a necessidade de elevados gastos com publicidade que não possam ser recuperados. Estes gastos serão necessários quando o produto concorrente goza de alta reputação perante os consumidores, ensejando fenômenos como o de lealdade à marca, de forma que somente uma intensa campanha publicitária possa habilitar o novo produto à concorrência. A diferenciação do produto, da mesma forma, poderá revelar-se como uma barreira à entrada, na medida em que o fabricante de um produto diferenciado desfruta de um certo poder monopolístico, em maior ou menor grau.

Pode-se constituir barreira ao ingresso de novos concorrentes a dificuldade de acesso a fontes de matéria-prima e o atendimento de exigências legais em atividades regulamentadas, que pode aumentar os custos, não só representando investimento a fundo perdido, mas também aumento na escala mínima de eficiência. A regulamentação de atividade dá ensejo ao surgimento das assim chamadas barreiras institucionais, criadas por exigências de ordem legal ou administrativa de atendimento a padrões mínimos de qualidade, segurança, ecologia, saúde pública, entre outros, custos que podem afastar o ingresso no mercado de potenciais concorrentes, privilegiando as empresas já nele atuantes, que têm seu poder econômico intensificado por força da limitação que tais exigências impõem ao volume de oferta. A escola de pensamento econômico denominada Public Choice tem como um dos focos principais de análise as barreiras institucionais, que serão citadas mais adiante.

Finalmente, constituem barreiras à entrada todos os fatores que permitam ao agente econômico elevar seu preço por sobre o nível puramente competitivo, sem sofrer intensificação da concorrência. Na análise da intensidade de tais barreiras, não só a possibilidade de a elevação de preços causar a reação dos concorrentes potenciais será levada em conta, mas também o tempo necessário para que esta reação se concretize, pois, como é intuitivo, quanto maior for esse tempo, maior será a magnitude da barreira.

## 11. Concorrência Praticável

Para os liberais o mercado conduziria à competição plena, como no modelo da concorrência perfeita. O mercado, assim, cuidaria da obtenção da eficiência, tendo sido erigido "como aparato virtualmente exclusivo para dar conta da tarefa de direcionamento dos bens e do controle de seu uso", o que conduziria a sociedade ao bem comum através da contraposição das ganâncias individuais.

Mas o "modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob o égide de um princípio sem princípios - o princípio do livre mercado - passaram e desde então perseveram a controlar os mercados". Assim, como diz EROS ROBERTO GRAU, autor das palavras acima, a "liberdade econômica, porque abria campo para as manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência".

O fenômeno da acumulação de poder nos mercados, por colocar em risco a liberdade econômica e, por via do poder econômico, até mesmo os poderes políticos,

trouxe à luz a necessidade da atuação do Estado na preservação dos próprios mecanismos de mercado, coibindo os abusos que tivessem por objetivo substituí-los ou corrompê-los.

Mas, na realidade, o modelo econômico da concorrência perfeita mostra-se infactível e muitas vezes até indesejável. A questão do Estado é definir que medida de monopólio aceitar, e com que grau de controle social.

Juristas e economistas têm se aprofundado sobre esse dilema que a resposta ao problema enunciado não se pode limita à análise de modelos tão simples como os até aqui abordados. Ela dependerá da consideração das outras variáveis, inerentes a cada situação de fato, individualmente considerada. A análise será, portanto, além de complexa, eminentemente casuística.

Portanto, o conceito de uma "concorrência desejável", ou de uma "concorrência possível", tratado pela doutrina norte-americana como *workable competition*, não será um conceito preciso. Na sua delimitação, haverá com certeza uma grande medida de subjetividade, conforme lição de BAIN transcrita por AREEDA & KAPLOW: "any economist assessment of the workability of competition is likely to have highly provisional and even personal character and is likely to rest heavily on the ad hoc assessment of obvious alternatives in given situation".

A delimitação do conceito envolve, portanto, opções de política econômica. Entretanto, sua fluidez não chega às raias da discricionariedade. A definição do que seja uma "concorrência possível", ou "desejável", não dependerá somente da análise econômica, mas também da valoração jurídica de outros fatores e, fundamentalmente, da conformação das situações de fato à ordem econômica, segundo seus ditames e princípios, constitucionalmente estabelecidos. Não há, propriamente, um juízo de oportunidade, mas sim um juízo de legalidade. Relegar-se exclusivamente ao campo econômico a tarefa de determinar aquilo que seria "desejável", poderia ensejar uma espécie de totalitarismo não compatível com o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, as doutrinas Econômicas são bastante polêmicas. Mas a despeito das divergências que possam existir entre os economistas, não pode haver dúvida de que a imposição de um regime concorrencial próximo ao modelo da concorrência perfeita não constitui o grande objetivo da atividade antitruste do Estado. Em primeiro lugar, porque a realidade tem necessidade das perfeições que o modelo toma como premissas. A diferenciação de produtos, as economias de escala e as concentrações de poder econômico são coisas normalmente presentes na realidade e não representam necessariamente um mal a ser combatido, senão muitas vezes um objetivo a alcançar, em prol da eficiência e da competitividade, mormente no campo internacional. O nível e a qualidade das informações que chegam aos consumidores e competidores sobre seus mercados é, na maior parte dos casos, muito inferior ao desejável, o que, ao contrário da teoria, impede que os agentes econômicos exerçam sempre a melhor opção, de acordo com suas necessidades, por imperfeito conhecimento das opções disponíveis. A falta de informação pode, destarte, levar à manifestação de fenômenos de poder econômico.

Mas a aceitação da realidade como ela é, bem como do fato de que, muitas vezes, a redução da concorrência pode levar a um aumento da eficiência, não quer significar que se tenha abandonado o ideal de concorrência nos mercados. Com efeito, a luta entre concorrentes é um bem a se perseguir, já que ela tende a resultar em custos e preços mais baixos para os consumidores, em relação àqueles que normalmente se estabeleceriam nos mercados não competitivos. A maior eficiência dos mercados competitivos, pois, é regra e não exceção. Entretanto, não se pode esquecer que a redução de preços é mera tendência, podendo até ocorrer

que eles sejam, em mercados competitivos, mais altos do que seriam, por exemplo, em um mercado oligopolizado que se beneficiasse das economias de escala.

O aumento na concorrência, embora seja um bem, não deve ser levado ao extremo, já que a linha divisória entre a intensa agressividade comercial entre concorrentes e o abuso do poder econômico pode ser muito tênue.

Segundo AREEDA & KAPLOW existem três elementos que devem ser levados em conta quando se procura averiguar se o nível de concorrência em um determinado mercado está ou não aquém do "desejável": a) a conduta dos concorrentes; b) o seu desempenho; c) a estrutura do mercado.

Quanto ao item A, os autores afirmam que o mercado será competitivo quando os competidores atuarem independentemente uns dos outros, sem qualquer tipo de acordo; a luta pelo mercado, também, deverá ter por base a busca de maior eficiência, sem a utilização de artifícios para a eliminação da concorrência. Podemos concluir que independência de procedimentos e lealdade nas práticas concorrenciais são os critérios decisivos na análise do comportamento dos concorrentes. Assim sendo, a luta entre concorrentes é um requisito. Um concorrente procura eliminar o outro, mas não se admite que ele o faça senão através de práticas legítimas, fundadas na busca de maior eficiência.

No item B, do desempenho, invocando os ensinamentos de BAIN, eles apontam alguns fatores indicativos de níveis concorrenciais aquém do desejável: a) "lucratividade acima do nível normal de retorno de investimentos"; b) "quantidade representativa de concorrentes atuando consideravelmente fora da escala ótima de produção"; c) "excesso de capacidade crônica, não justificado por contingências esporádicas (secular change) ou provisões razoáveis em vista de potencialidades de mercado"(reasonable stand-by provisions); d) "excessivos custos de vida"; e) "demora persistente na adoção de mudanças técnicas com vistas à diminuição de custos, ou a persistente não realização de melhorias no produto com vistas a torná-lo mais atraente ao consumidor". Ressaltam ainda que a análise com base nesses fatores será, com frequência, ambígua. Tomando-se como exemplo o excesso de lucratividade, pode ele dever-se não só à falta de concorrência, mas também à maior capacidade administrativa de uma empresa em relação à outra. Lucros modestos, por sua vez, podem indicar concorrência intensa, ou mesmo excesso de custos em mercados cartelizados, ou ainda práticas anticoncorrenciais (como o dumping, por exemplo). O exame de outros fatores de desempenho, como a análise estrutural do mercado, podem auxiliar na aferição de concorrência em nível desejável.

Sobre o item C, que trata da análise estrutural do mercado terá que se levar em conta a consideração A do número de produtores em concorrência e B da magnitude das barreiras à entrada. Intuitivamente, quanto maior for o número de produtores, mais intensa será a concorrência: a coordenação das atitudes individuais será tanto mais difícil quanto maior for o número de competidores. Entretanto, no que se refere ao número de concorrentes, quanto menores forem as barreiras à entrada de novos concorrentes, tanto mais facilmente se conseguirá obter resultados próximos aos competitivos.

A relevância dada à análise estrutural é objeto de intensa polêmica entre os economistas, havendo os que se inclinam a considerar os aspectos estruturais do mercado como decisivos na análise da questão concorrencial (tidos como estruturalistas), e os críticos severos dessa posição, principalmente os economistas filiados à linha de pensamento econômico que se tornou conhecida como Escola de Chicago, por ter surgido no seio da Faculdade de Economia da Universidade de Chicago, notória por sua posição nitidamente liberal, como veremos mais adiante.

Para os estruturalistas, nos mercados caracterizados pela alta concentração de poder e pela existência de elevadas barreiras à entrada, a estrutura do mercado seria determinante em relação ao comportamento dos concorrentes e levaria à conduta oligopolística. Por esse motivo, essa estrutura de mercado representaria um mal em si, a ser combatido pela política antitruste, já que levaria a resultados economicamente indesejáveis, quais sejam escassez e preços elevados. Da estrutura, decorreriam a conduta e os resultados, razão pela qual não haveria sentido em combater comportamentos anticoncorrenciais, porque melhor seria combater a causa desses mesmos comportamentos, agindo preventiva e diretamente sobre as estruturas de mercado, de forma a cortar o mal pela raiz. Por isso, de pouco adiantaria a repressão aos comportamentos anticoncorrenciais em mercados de elevada concentração, já que nesta hipótese se estaria combatendo o sintoma e não a causa da doença, razão pela qual os desvios de conduta retornariam no futuro, pois seriam inerentes à própria estrutura do mercado. A perspectiva estrutural, portanto, teria extrema relevância quando da análise prévia dos atos de concentração, já que a atividade estatal teria caráter preventivo, e o risco de eliminação da concorrência, advindo da estrutura do mercado, justificaria a atitude do Estado de assegurar que a concentração nos mercados não alcançasse níveis perigosos. Essa relação de causalidade entre estrutura, conduta e resultados anticompetitivos ficou conhecida, nos Estados Unidos, como o *structure, conduct, performance paradigm*, que, segundo afirma HOVENCAMP, foi desenvolvida por BAIN. HOVENCAMP assinala, ainda, que o estruturalismo assumiu grande relevância na disciplina antitruste americana, tendo influenciado em grande medida os *Mergers Guidelines*, publicados em 1968.

Membros da Escola de Chicago teceram severas críticas ao estruturalismo. Foi HOVENCAMP quem assinalou quatro principais críticas aduzidas em relação à perspectiva estruturalista: 1) os estudos sobre a lucratividade, levados a termo por BAIN e outros, não autorizariam a conclusão generalizada de que os lucros seriam mais próximos ao nível monopolístico em mercados altamente concentrados do que naqueles com menor grau de concentração; 2) o elevado grau de concentração em determinado mercado seria normalmente fruto de economias de escala ou de eficiência, sendo que os custos de intervir-se com o objetivo de reduzir a concentração seriam maiores do que os ganhos que poderiam ser obtidos através de práticas concorrenciais mais acirradas; 3) mesmo em mercados com elevado nível de concentração, as empresas tenderiam a proceder de forma bastante competitiva quando fossem baixas as barreiras à entrada, muito embora o caráter da competição pudesse mostrar-se bastante complexo; 4) muitas das práticas que os estruturalistas reputavam anticoncorrenciais, na realidade não prejudicariam a concorrência.

A eficiência econômica deveria ser o único objetivo da política antitruste, segundo os economistas da Escola de Chicago. Normalmente, como a eficiência, escala de produção e investimentos em tecnologia andam de mãos dadas, não se deveria intervir no mercado tendo em vista somente sua estrutura, mas apenas quando esta se revelasse ineficiente, ao passo que, se houvesse eficiência, a estrutura concentrada deveria ser não somente tolerada como também incentivada. A atitude governamental prudente seria, portanto, somente intervir quando houvesse certeza de que o resultado apurado após a intervenção seria melhor do que aquele anteriormente existente. Em caso de dúvida, dever-se-ia optar pela não intervenção.

Os economistas da Escola de Chicago pregavam a não intervenção como regra, na esteira da linha de pensamento que se tornou conhecida como "Public Choice", ue teve como nascedouro, segundo FÁBIO NUSDEO, a própria Universidade de

Chicago e também a de Michigan. Essa nova linha de pensamento, segundo o professor NUSDEO, tinha como fulcro “abandonar o enfoque meramente estrutural, até então dominante, para enfatizar os aspectos funcionais”(…), e era ligada, principalmente, à análise da ação dos “grupos de interesse” e sua atividade nos processos de “decisão coletiva ou extramercado, partindo de pressupostos muito próximos aos dos que informam a análise da decisão de mercado”. Segundo a Public Choice, tal como no mercado, haveria uma “procura” pela intervenção do Estado, à qual corresponderia uma “oferta” de atividade estatal, seja a nível de legislação ou de outras medidas, o que configuraria um “mercado político”. Os grupos de interesse tenderiam, assim, a ir buscar na atividade estatal aquilo que não tivessem logrado obter através dos mecanismos de mercado, ou seja, tentariam obter através da intervenção do Estado um acréscimo de renda (rent seeking), cujo custo seria lançado sobre o restante da comunidade. Esse custo imposto à sociedade “seria superior ao benefício proporcionado aos membros do grupo, o que em linguagem da “Welfare Economics” implicaria um afastamento do ponto de Ótimo de Pareto”, ainda segundo a “Public Choice School”.

Nada mais coerente com a doutrina da “Public Choice”, do que admitir a intervenção estatal em casos extremos, já que ela, na maioria das vezes, representaria uma forma de privatizar lucros, socializando os custos. Ainda para FÁBIO NUSDEO, para os adeptos da doutrina citada, os grupos de interesse tenderiam a capturar as agências reguladoras, que muitas vezes seriam utilizadas para prover defesas aos empresários integrantes do grupo, com a elevação de barreiras à entrada para os que estivessem fora dele. Manifestavam, assim, seu espírito extremamente “negativista quanto ao setor público, e às suas possibilidades de efetivamente corrigir as falhas do mercado ou de imprimir-lhe uma direção, implicando, pois, condenação de qualquer tipo de imposição de normas pelo simples fato de representar uma ameaça ao jogo de funcionamento daquele”.

Sobre as teorias econômicas da Escola de Chicago, HOVENCAMP parece concordar com as conclusões de FÁBIO NUSDEO a respeito da “Public Choice”. Para HOVENCAMP, as teorias da Escola de Chicago demandam uma certa dose de moderação, já que: a) as empresas agem nos mercados sempre em seu próprio interesse; b) os mercados contêm diversas imperfeições, que podem fazer com que os interesses individuais colidam com o interesse público. Diante de um caso concreto, ainda segundo aquele jurista americano, pode ser bastante sólida a presunção de que um determinado comportamento é apenas uma “maneira de concorrer”, caso se trate de um mercado bastante competitivo. Em mercados onde haja concentração, todavia, onde são possíveis as manifestações do fenômeno do poder econômico, a presunção simplesmente desaparece. Segundo afirmação de HOVENCAMP, tanto os adeptos da Escola de Chicago como os mais moderados traçam uma linha divisória entre o lícito e o ilícito: crêem que a concorrência cuidará sozinha da eficiência até essa linha, mas advertem as empresas a não ultrapassarem tal limite. Entretanto, uns e outros traçarão a linha em lugares diferentes.

Diante dos elementos até aqui analisados, poder-se-ia dizer que a “concorrência desejável” seria aquela que proporcionasse maior ganho social (e não só econômico), ainda que efetivamente isto representasse a existência de pouca ou nenhuma concorrência em determinado mercado. Isso implica dizer que a valoração dos interesses sacrificados seria menor do que a dos interesses atendidos, o que justificaria tal sacrifício. Mas as coisas ditas assim, com esse nível de simplificação, não levam sozinhas à solução do problema. Há, necessariamente, que se passar por sua análise econômica.

Não só valores econômicos estarão em causa, mas também valores jurídicos hão de ser levados em conta, principalmente os princípios conformadores da ordem econômica constitucionalmente estabelecida. O resultado apurado, apesar de poder qualificar-se como incluído no conceito de "política econômica", não será fruto de uma "decisão econômica", senão fundamentalmente de uma "decisão jurídica".

A disciplina da concorrência há de se desenvolver sob dois aspectos: o econômico e o jurídico. Estritamente conexas com as leis econômicas são as normas jurídicas que disciplinam a concorrência, as quais pressupõem o conhecimento das leis econômicas, quer para impor-lhes a observância, quer para adequá-las às necessidades da vida social. A esta observância obriga-se a superior vontade do Estado, o qual, ao regular as relações que surgem da concorrência, tem de atender aos interesses superiores da vida social e da coletividade.

### III . O PODER ECONÔMICO

#### 1. Considerações Prévias

Todo aquele que queira dedicar-se à aplicação da disciplina de repressão ao abuso de poder econômico, terá, prévia e indispensavelmente, que investigar a própria existência de poder econômico, para examinar, sob o prisma jurídico, o caráter regular ou abusivo de seu exercício. Como se vê, trata-se de conceitos básicos e indispensáveis. Sem a compreensão do que seja mercado relevante e posição dominante, portanto, não é possível examinar o conceito de abuso do poder econômico.

Partindo dos elementos da doutrina econômica até aqui abordados e passando pelos conceitos de posição dominante e mercado relevante, podemos tratar do conceito de abuso de poder econômico, com a indispensável compreensão funcional do fato juridicamente regulado. Segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, para "se compreender um instituto jurídico, não basta analisá-lo estatisticamente, mas importa, também, observar e discutir os problemas que suscita a sua aplicação, na vida social, ou seja, estudá-lo sob o aspecto dinâmico. A fisiologia completa a anatomia".

## 2. Mercado Relevante

### A) Noção de Mercado Relevante

Segundo os léxicos, o significado do termo mercado comporta duas dimensões: uma concreta e outra abstrata.

Mercado denota “praça pública onde se vendem víveres e outros gêneros”, ou ainda “edifício público dividido em compartimentos apropriados e destinados à venda de víveres e outros gêneros”, bem como “povo ou cidade onde há transações comerciais extremamente desenvolvidas; centro de comércio”. Vê-se que o termo mercado, nesse sentido, aplica-se tanto ao lugar – à porção geográfica de espaço – como à própria construção, ao edifício onde as trocas comerciais se realizam.

Em sua dimensão abstrata, a palavra mercado expressa “permutação ou troca de produtos e/ou valores; o comércio”, ou “a relação estabelecida entre a oferta e a procura de bens e/ou serviços e/ou capitais”, ou ainda “o conjunto de pessoas e/ou empresas que oferecendo ou procurando bens e/ou serviços e/ou capitais, determinam o surgimento e as condições dessa relação”. Neste contexto, mercado quer significar uma relação, ou uma determinada ordem de fatos e atitudes coordenadas, i.e., “o conjunto de operações sobre determinada mercadoria, ou certos valores vendáveis”. Sob este prisma, mercado significa “concentração de ofertas e procuras”, a forma como interação compradores e vendedores e a relação daí decorrente. É este o núcleo da noção econômica de mercado, ou seja, o espaço abstrato onde se concentram ofertas e procuras, e onde os compradores e vendedores estabelecem contratualmente as suas relações de intercâmbio.

O mercado é o grande responsável pela orientação do emprego dos recursos produtivos dentro do sistema capitalista. Sob esse prisma, o mercado é como um sistema: um único e grande espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos.

Entretanto, a capacidade de cada um influir sobre os mecanismos de mercado depende, fundamentalmente, do nível de concorrência que seja enfrentado por um dado agente econômico. Mas nem todos os bens são concorrentes entre si. Obviamente, no lado da oferta, um fabricante de tratores não concorre com um fabricante de remédios, razão pela qual variações na oferta de tratores pouco ou nada influirão na quantidade produzida de medicamentos. Pode-se dizer, assim, que dificilmente um fabricante de tratores exercerá poder econômico sobre o mercado de medicamentos, já que será muito pouco provável que sobre ela possa influir.

Destarte, para os efeitos da repressão aos abusos do poder econômico, não se pode falar em um só mercado, mas sim em vários mercados inter-relacionados, em maior ou menor grau.

Pode-se concluir que há necessidade de se delimitar qual o espaço econômico em que os agentes econômicos contracenam, a fim de apurar qual o nível de concorrência e o volume de poder econômico por eles desfrutado. No campo da disciplina do poder econômico e da tutela da concorrência, tal espaço econômico denomina-se mercado relevante.

## B) Noção Jurídica

O mercado relevante é um conceito jurídico. A Lei 8.884/94 em diversas passagens refere-se ao conceito, por exemplo ao qualificar como infração à ordem econômica o ato de "dominar mercado relevante de bens ou serviços", ou ao definir "posição dominante" como o controle de "parcela substancial do mercado relevante". Delimitar o que seja o mercado relevante de bens ou serviços, portanto, é tarefa jurídica.

Esta tarefa, dependerá, em grande parte, da análise da doutrina econômica.

No regime de concorrência pura onde haja multiplicidade de ofertantes de um produto absolutamente homogêneo, o mercado pode ser considerado como sendo único, já que o produto de cada ofertante confunde-se absolutamente com o de seus rivais. Entretanto, à medida em que os produtos adquiram algum grau de diferenciação, passarão a conferir a seu produtor certo nível de poder monopolístico, pois cada um deles será o único produtor de sua própria variedade de produto. A introdução do elemento monopolístico não elimina a concorrência, uma vez que as diversas variedades de produtos concorrem entre si. Quando houver diferenciação, portanto, não haverá um só mercado, mas sim, uma rede de mercados, em estreita relação, um para cada vendedor.

No outro extremo, mesmo quando houver monopólio de um determinado bem, ou seja, quando a diferenciação for tal que confira ao fabricante uma grande influência sobre o preço de mercado, tal poder não será absoluto, na medida em que venha o monopolista a enfrentar concorrência dos bens sucedâneos, ainda que imperfeitos.

É importante verificar quais os produtos que concorrem entre si, compondo um mercado afastado dos demais, ou seja, qual o mercado que deve ser considerado relevante, para fins da disciplina jurídica do poder econômico e da tutela da concorrência.

O conceito de mercado relevante teve sua gênese no Direito norte-americano, no caso *United States v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.* A Du Pont, uma fabricante de papel celofane, foi acusada pelo Governo Americano de monopolizar o mercado do mesmo, infringindo a seção Segunda do Sherman Act. Com efeito, durante o período abrangido pelo processo, a Du Pont foi a responsável por aproximadamente 75% de todo o papel celofane produzido nos Estados Unidos. Sua principal concorrente, uma empresa denominada Sylvania, tivera sua participação de mercado limitada a cerca de 20% das vendas, por força de um acordo de licença de patente mantido com a própria

Du Pont, onde foram estabelecidos royalties progressivos, de acordo com a escala de produção, que virtualmente impediam o aumento da participação da concorrente.

Defendeu-se a Du Pont, alegando não possuir poderes monopolísticos, já que o celofane enfrentaria a concorrência de outros materiais para embalagem, como por exemplo o papel, o alumínio e determinados tipos de plástico. O mercado a se considerar, segundo o argumento, não seria o de celofane, mas sim o de materiais flexíveis para embalagem, onde o celofane representava menos de 20% do consumo total nos Estados Unidos.

No caso da Du Pont, a alta corte americana entendeu que o mercado relevante, para os propósitos da política antitruste, seria representado pelo mercado de materiais flexíveis para embalagem, ao invés de somente pelo mercado de papel celofane. No mercado de materiais para embalagem, tendo em vista que o celofane representava apenas 20% do total dos materiais consumidos, a Suprema Corte entendeu, em consonância com o que havia entendido o juízo a quo, que a Du Pont não detinha suficiente poder monopolístico, absolvendo-a da prática do delito previsto na seção segunda do Sherman Act (monopolização ou tentativa de monopolização de atividade). Valeu-se, para tanto, da análise da elasticidade cruzada da procura, conceito que retomaremos mais adiante, mas que, em linhas gerais, representa a razão da variação da procura por um determinado produto, em proporção às variações de preço de outro produto que lhe seja concorrente. Para aquela corte, entre o celofane e os demais materiais flexíveis para embalagem, havia suficiente possibilidade de intercâmbio, de forma que o controle que a Du Pont exercia sobre a oferta de celofane não lhe outorgava poder econômico excessivo sobre os preços respectivos, pois todas as suas atitudes estariam pautadas pela concorrência que lhe era exercida pelos demais fabricantes de materiais flexíveis para embalagem.

Portanto, não é a mera possibilidade técnica de substituição o único fator determinante da inclusão de um produto no mesmo mercado que outro. O hábito dos consumidores de efetuar tal substituição, no plano dos fatos, é fator decisivo.

Eis a gênese do conceito de mercado relevante, termo que constitui um anglicismo, decorrente da tradução literal da palavra relevant, cujo sentido, ao contrário de relevante, não é o de importante (ou aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente. Assim, mais do que o mercado importante, o conceito de mercado relevante denota algo como mercado relativo, ou mercado pertinente, no qual os produtos dele integrantes são, em conjunto, objeto da concentração de ofertas e procuras que caracterizam a própria noção econômica de mercado. Destarte, o mercado relevante é aquele que se compõe de produtos concorrentes. É interessante notar que a já revogada Lei 8.158/91, ao dar nova redação à alínea 'd' do artigo 74 da Lei 4.137/62, fez menção aos atos que "não impliquem eliminação da concorrência em parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes". No entanto, logo a seguir, o legislador parece ter-se deixado trair pelo anglicismo, na nova redução que deu ao parágrafo segundo do mencionado artigo 74, ao determinar a necessidade de submeterem-se à Secretaria Nacional de Direito Econômico os atos de concentração empresarial em que a empresa resultante participasse com mais de "20% do mercado relevante". Mas mercado relevante já é expressão consagrada entre nós, e não há motivo para buscar-se a substituição da palavra relevante por outra que melhor lhe traduza o sentido. Importa, isso sim, apreender-se o correto sentido do termo, já que o mercado relevante, para os efeitos da disciplina antitruste, nem sempre é econômica ou politicamente importante.

Mercado relevante para HOVENCAMP é o menor grupo possível de operações de compra e venda no qual as elasticidades de procura e oferta se apresentam suficientemente baixas, a ponto de tornar possível a uma empresa hipotética, que detenha 100% de participação em tal mercado, aumentar de forma lucrativa os preços,

apreciavelmente acima dos seus custos marginais, através da redução do volume ofertado.

A seguir, veremos que a tarefa de identificação do mercado relevante vai além do nível de simplificação dos conceitos expostos, já que comporta três dimensões: a dimensão da procura, a da oferta, e a dimensão geográfica.

### **C) Mercado Relevante Segundo a Procura**

Devem ser incluídos no mercado relevante todos os produtos (ou serviços) que sejam genericamente idênticos ou, ao menos, aqueles que, apesar de não serem idênticos, sejam tidos pelos consumidores como relativamente bons substitutos uns dos outros. Assim, prosseguem os aludidos autores, caso os consumidores considerem os cabos elétricos de cobre como bons sucedâneos dos cabos de alumínio, os consumidores destes últimos passarão a optar pelos primeiros, caso o fabricante de alumínio venha a elevar demasiadamente seus preços. Os fabricantes de cabos de cobre, assim, são concorrentes dos fabricantes de cabos de alumínio.

A maior ou menor intensidade com que os consumidores exerçam a sua opção entre um ou outro produto, segundo variações de preço, será expressa pelo índice de elasticidade cruzada da procura. Ao contrário do conceito de elasticidade da procura, antes abordado, que expressa a razão da variação da procura por um bem em função de variações em seu preço, a noção de elasticidade cruzada da procura expressa a razão das variações da procura por um determinado produto em função de variações no preço de outro produto. Assim, a elasticidade cruzada será alta quando uma dada variação de preço no produto analisado provocar um grande aumento na procura do produto paradigma, e será baixa quando esta mesma variação de preços não cause sensível variação na procura do outro produto. Se a elasticidade for alta, isto será sugestivo de que os produtos devam ser incluídos no mesmo mercado relevante, porque são bons substitutos um do outro. A baixa elasticidade cruzada, ao contrário, indica que os produtos devam ser considerados como integrantes de mercados diversos, por serem tidos pelos consumidores como maus substitutos. A elasticidade cruzada reflete, em outras palavras, a razão de sucedaneidade entre dois produtos. Assim, se os consumidores considerarem dois produtos como bons substitutos, será alta essa razão, ao passo que será baixa quando os dois produtos forem considerados maus substitutos pelos consumidores.

No caso Du Pont, a Suprema Corte americana, ao considerar como relevante o mercado de materiais flexíveis para embalagem, e não o mercado de celofane, lançou mão da análise da elasticidade cruzada da procura entre o celofane e os outros materiais, tendo em vista a "grande sensibilidade" dos consumidores a variações na qualidade e preço entre eles.

Entretanto, a elasticidade cruzada da procura é um dado que não deve ser tomado isoladamente, pois sua presença em níveis elevados não revela necessariamente a ausência de poder econômico. Como afirmam AREEDA & KAPLOW, na realidade, o que limita o poder do agente econômico sobre os preços é a elasticidade da procura de seu produto, e não exatamente a elasticidade cruzada existente entre ele e qualquer outro produto que seja. Medir-se o nível de poder econômico de alguém significa aferir-se a intensidade da razão em que suas vendas caem à medida em que os preços sejam aumentados, pouco importando qual seja o motivo de tal redução de vendas, se a substituição por outro produto, ou mesmo a simples privação da necessidade dos consumidores (the choice to do without). A elasticidade da procura será necessariamente a resultante de todas as elasticidades cruzadas entre o produto em exame e todos os outros bens existentes.

Toda empresa, dotada de poder econômico ou não, procura estabelecer seu preço na porção elástica da procura. É em algum ponto da parte elástica da curva de procura que se localizará o preço de maximização de ganhos, o qual será o maior preço que o produtor pode cobrar sem que haja perda da parcela substancial de suas vendas. O preço de uma empresa que detenha poder econômico se localizará na porção elástica da procura, no ponto em que tenha ela elevado seus ganhos no máximo e onde um incremento adicional no preço provocará sensível queda nas vendas, de forma que tal aumento de preços se mostre desinteressante. Assim um monopolista que esteja maximizando seus lucros, caso venha a elevar seus preços, perderá parcela substancial de seus negócios. Para ele, acima desse ponto, a curva de procura apresentará um perfil inelástico. Nessas condições, a alta elasticidade cruzada da procura que em tal ponto possa vir a revelar-se, mais do que demonstrar que esse monopolista não possui poder econômico, denota que ele já está exercendo esse poder, maximizando seus lucros. Destarte, o fato de ser alta a elasticidade cruzada da procura, aos preços vigentes no mercado – que podem estar ao nível de preço de monopólio – não demonstra que ela também se mostraria alta, caso fosse apurada a preços competitivos.

Como salientam AREEDA & KAPLOW, a existência de nível elevado de substituição entre produtos, em face de um aumento no preço vigente no mercado, não nos revela se a empresa em análise já não estava previamente exercendo parcela substancial de poder econômico, cobrando preços superiores aos puramente concorrenciais.

Conforme abordamos até aqui, verifica-se que o conceito de mercado relevante tem natureza instrumental: serve ao propósito de identificar, posteriormente, a existência de poder econômico. A elasticidade cruzada de procura revela-se muito útil na tarefa de dimensionar o mercado relevante, principalmente em termos não só da possibilidade técnica de substituição entre produtos, mas também no que se refere às preferências efetivas dos consumidores. Entretanto, outros fatores também devem ser considerados, pois a possibilidade de substituição entre produtos não é um dado absoluto, senão uma questão de grau. Um produto pode ser considerado pelos consumidores como um substituto razoável de outro, quando este estiver sendo negociado por seu fabricante ao preço de monopólio. Mas os consumidores poderiam não considerar essa possibilidade de substituição caso tal produto estivesse sendo vendido a preços competitivos, o que claramente colocaria os produtos em questão em mercados diferentes. Não se deve, pois, superestimar a importância da possibilidade de substituição, mais precisamente, da existência de alta elasticidade cruzada de procura, já que ela sozinha não demonstra a ausência de poder econômico. É bem verdade que um indivíduo carece de poder econômico quando suas atitudes estão condicionadas pela concorrência. Mas tudo é uma questão de grau. Pode ocorrer que esse indivíduo, anteriormente não enfrentando concorrência, tenha exercido seu poder econômico, aumentando arbitrariamente os preços até o ponto em que seus consumidores, submetidos ao nível máximo de exploração, tenham passado a considerar a possibilidade de substituir. Logo, a possibilidade de substituição, ao nível de concorrências, não tem o mesmo significado do que ao nível do abuso de poder.

O que importa, mais do que a elasticidade cruzada, é a própria elasticidade da procura, sendo aquela uma maneira indireta de avaliar esta última.

#### **D) Mercado Relevante Segundo a Oferta**

À semelhança do que ocorre com a possibilidade de substituição entre produtos, tanto a possibilidade de entrada de novos competidores, como a capacidade de os atuais concorrentes aumentarem sua produção, também limitam o poder

econômico que possa ser exercido pelos indivíduos. Tais fatores influirão sobre a oferta, tornando-a mais elástica quanto maior for essa concorrência potencial.

Um determinado grupo de operações de compra e venda não caracteriza um mercado relevante a não ser que tanto a elasticidade da procura como a da oferta sejam suficientemente baixas. Suponhamos, por exemplo, que em dada localidade houvesse um só editor de livros de culinária, e vinte e cinco editores de romances. O editor de culinária deteria 100% de participação no mercado de "livros de culinária", sendo que a procura por tais livros poderia ser bastante inelástica, já que os consumidores poderiam considerar os romances como maus substitutos dos livros de culinária. Mas também poderia ocorrer que os editores de romances fossem capazes de, muito facilmente, passar a editar livros de culinária, praticamente sem custos adicionais. Se isto ocorresse, qualquer tentativa do editor de culinária de aumentar seus lucros acima dos níveis competitivos atrairia a atenção dos editores de romances, que também passariam a publicar livros de culinária, o que seria indicativo de que tanto os livros de culinária como os romances deveriam ser incluídos no mesmo mercado relevante.

A elasticidade da oferta, prossegue o autor, pode influir na análise antitruste de duas formas diferentes. A primeira, através da inclusão no mercado relevante das empresas que, mesmo produzindo bens não concorrentes do produto sob consideração, possam facilmente redirecionar a sua produção, passando a produzir bens semelhantes, caso atraídas por um eventual aumento de preços. A Segunda, quando tais empresas não sejam incluídas no mercado relevante, mas a facilidade de seu ingresso em tal mercado seja considerada sob o aspecto de baixas barreiras à entrada, limitadoras do poder econômico do agente analisado. A escolha entre a primeira e a Segunda hipótese dependerá de diversos fatores. Se for possível de antemão identificar as empresas que possam redirecionar sua produção, a análise tenderá a incluir tais empresas diretamente no mercado relevante. Diversamente ocorrerá, caso tais empresas, não possam ser identificadas, ou quando se considere que, apesar de ainda inexistentes, seu surgimento seja provável, por razões econômicas. Neste último caso, a hipótese tenderá a ser tratada no campo de barreiras à entrada.

Os Mergers Guidelines, de 1992, oferecem um critério para a distinção: distinguem os concorrentes potenciais committed dos uncommitted, expressões que NUNO T.P. CARVALHO houve por bem traduzir por participantes comprometidos ou não-comprometidos. Entretanto, não é exatamente a idéia de "comprometimento" que parece estar contida no termo empregado pelos Guidelines. Uma tradução mais precisa parece ser "concorrentes potenciais de baixo risco" (uncommitted) e "concorrentes potenciais de alto risco" (committed). Segundo os Guidelines, os primeiros são aqueles que podem ingressar mais facilmente no mercado, sem que para isso tenham que arcar com substanciais investimentos a fundo perdido, ou seja, aqueles investimentos que não possam ser recuperados caso tal concorrente venha a abandonar sua empreitada. Os últimos são aqueles que, ao contrário, estejam obrigados a efetuar tais investimentos de forma substancial. No primeiro caso, os concorrentes potenciais são incluídos no mercado relevante; no segundo, não o são.

Como podemos observar, trata-se da possibilidade de substituição do lado da oferta. Semelhantemente ao que ocorre do lado da procura, onde consumidores podem optar por sucedâneos em caso de aumento de preços em dado produto, no campo da oferta tal substituição pode ocorrer através do redirecionamento de recursos produtivos, anteriormente ociosos ou destinados à produção de outros bens menos escassos. Todavia, uma pequena distinção deve ser feita. Viu-se que a possibilidade de substituição no lado da procura deve ser considerada "aos olhos do consumidor", ou seja, deverá levar em conta os hábitos e as preferências pessoais e não somente a "possibilidade técnica" de substituição. No campo da oferta, ao contrário, as preferências dos consumidores não terão tal influência. Tomemos o exemplo anterior,

onde o mercado relevante deveria incluir tanto os livros de culinária como os romances. A inclusão de ambas as espécies literárias no mesmo mercado relevante seria de se impor, mesmo que, "aos olhos dos consumidores", livros de culinária e romances não fossem sucedâneos uns dos outros, não estando os consumidores habituados a efetuar tal sorte de substituição.

Sob o aspecto da oferta, portanto, a tarefa de delimitar o mercado relevante reside principalmente em examinar a elasticidade da oferta. Neste contexto, dois fatores serão de suma importância: a existência de eventual excesso de capacidade instalada e a possibilidade de expansão dos competidores de um lado e, de outro, a possibilidade de ocorrer um influxo de produção externa, oriunda de outros mercados geográficos, atraída por eventual aumento de preços capaz de justificar os maiores custos de transporte e distribuição. Neste segundo aspecto, a possibilidade de importação de mercados internacionais assume especial relevância.

### **E) Mercado Relevante e Delimitação Geográfica**

A dimensão geográfica do mercado relevante é, ordinariamente, questão intimamente ligada aos custos de transporte e distribuição.

O mercado geograficamente relevante é aquele em que uma empresa detentora de poder econômico seja capaz de aumentar seus preços sem que (1) seus clientes passem imediatamente a se abastecer de produtos semelhantes em fontes de suprimento situadas em outras localidades e sem que (2) empresas concorrentes, sediadas em outras localidades geográficas, redirecionem sua produção para a localidade em questão, a fim de aí oferecerem seus produtos sucedâneos, segundo HOVENCAMP. Caso este aumento de preços venha a provocar um aumento na concorrência, por qualquer uma dessas duas hipóteses, teremos que ampliar a dimensão geográfica do mercado em análise, seja porque, no primeiro caso, a procura não é suficientemente inelástica, ou porque, no segundo, a oferta não o é. Nesse sentido, determinar qual seja o mercado relevante é determinar a área em que as empresas nela situadas tenham uma vantagem de custo sobre as empresas localizadas for a dessa mesma área. Isso permitirá às empresas incluídas em determinada área estabelecer seus preços tanto acima dos níveis competitivos quanto maior for a magnitude dessa vantagem de custos.

Conforme HOVENCAMP, podemos dizer que a dimensão geográfica do mercado relevante, quando ligada à questão do transporte, depende essencialmente: a) dos custos dos transportes; b) do valor unitário do produto; c) da magnitude do aumento hipotético de preços tido como expressão de poder econômico relevante.

O comportamento dos preços nas diversas localidades geográficas assumirá especial importância ao examinar-se a adequação de incluí-las ou não em um mesmo mercado relevante. Isso porque os preços em determinada área podem estar limitados tanto pelas vendas efetivas de produtores de outra área, como também pela mera potencialidade de essas vendas virem a concretizar-se em caso de aumento de preços. Desse modo, se nas diversas localidades em exame se verificar uma variação uniforme de preços, mesmo que não tenha havido intercâmbio efetivo de mercadorias, isso será indicativo de que todas elas devam ser incluídas no mesmo mercado relevante. Hipótese diversa se verificará quando uma dada variação de preços em um das localidades não for acompanhada pelas demais, o que sugerirá que esta determinada área constitui por si só um mercado relevante, apartado dos demais.

Para HOVENCAMP, a noção de área de atuação expressa a extensão geográfica em que os consumidores estão dispostos a locomover-se para adquirir determinado produto de um dado agente econômico. O conceito de mercado relevante, por sua vez,

mede a extensão do quanto os consumidores estarão dispostos a locomover-se para evitar Ter que adquiri-lo desse mesmo agente.

O mercado relevante adquirirá dimensões mais reduzidas à medida em que sejam os consumidores e não os produtores que devam locomover-se, e também, em tal hipótese, quanto menor for o preço unitário do produto. Isso porque será razoável esperar-se que os consumidores não estejam dispostos a viajar longas distâncias para adquirir produtos de baixo valor, ainda que pagando um preço relativamente inferior. Também um maior grau de diferenciação do produto tenderá a tornar os mercados relevantes de dimensões mais reduzidas, na medida em que aspectos como o de lealdade de marca habilitem um determinado agente econômico a aumentar seus preços sem perder parcela substancial das vendas ou, em outras palavras, na medida em que a diferenciação do produto torne a procura mais inelástica do que em relação a produtos homogêneos. É necessário ressaltar, entretanto, que tanto a elasticidade da procura como a da oferta devem ser suficientemente baixas, a fim de ficar caracterizado um mercado relevante. Assim, ainda que os fenômenos aludidos sejam capazes de influir sobre a elasticidade da oferta deve ser considerada, buscando-se identificar a área geográfica onde a oferta seja suficientemente inelástica, para que se possa ser caracterizado mercado relevante.

A existência de discriminação de preços em determinada área, finalmente, poderá ser indicativa de que tal área representa um mercado relevante. Entenda-se por discriminação de preços a cobrança de preços diferenciados sem justificativa na variação de custos. Se determinada empresa, sem aparentes razões de custo, cobra preços diferenciados em duas diversas localidades, tal fato está a demonstrar que, em pelo menos uma delas, essa empresa goza de substancial parcela de poder econômico.

Uma última advertência deve ser feita. Tal como em relação à elasticidade cruzada da procura, para HOVENCAMP a consideração da opção dos consumidores por produtos sucedâneos, situados em localidades diversas, aos preços concorrentes de mercado, bem como a disposição de produtores de outras localidades de redirecionarem sua produção, diante de tais preços, não querem isoladamente significar que se deva ampliar excessivamente a dimensão geográfica do mercado em questão, uma vez que o preço vigente pode ser o de monopólio, já fruto de exercício abusivo de poder econômico. O fato de os consumidores não estarem dispostos a suportar uma exploração adicional, não significa que já não estejam sendo explorados pelo detentor de poder econômico. Assim também ocorrerá do lado da oferta, pois produtores podem ser atraídos por lucros excessivos, quando não o seriam, mediante taxas de retorno competitivas.

### **3. Posição Dominante**

#### **A) Mercado e Poder**

Mercado e poder são noções antitéticas aos olhos da doutrina liberal clássica. A concepção clássica de mercado pressupunha uma estrutura atomizada, onde nenhum dos agentes econômicos teria o poder de determinar o conteúdo ou a forma das relações econômicas. Sob a égide dos princípios da igualdade formal e da liberdade de contratar, construiu-se um modelo teórico segundo o qual o exercício das ganâncias individuais conduziria ao bem comum, modelo esse que ignorava por completo, e mesmo negava a existência de poder econômico. Mas a estrutura anárquica dos mercados, como ensina EROS ROBERTO GRAU, possibilitou o surgimento de manifestações de caráter despótico, pelo que "a liberdade indiscriminada de indústria e comércio, deu causa ao aparecimento do totalitarismo econômico". Manifestações de poder nos mercados passaram a subjugar os mecanismos de freios e contrapesos que, na teoria, deveriam ser proporcionados pela contraposição das forças de oferta e

procura, dando ensejo ao aparecimento de fenômenos de dominação, cujo principal efeito foi o enriquecimento dos poderosos em detrimento dos menos abastados.

Salienta FÁBIO KONDER COMPARATO que, principalmente a partir da revolução industrial, a moral tradicional vem-se preocupando com o problema da concentração de riqueza, numa perspectiva meramente distributivista. No entanto, o problema fundamental na economia moderna, mais do que a questão relativa à titularidade da riqueza, é o controle que se exerce sobre ela. Nesse sentido é que, ainda segundo COMPARATO, deve ser interpretada a tese marxista da concentração de capital, que não designa uma relação de propriedade, mas uma manifestação de poder.

Nesse contexto, dá-se o surgimento do fenômeno da intervenção do Estado na economia, que se exerce em defesa dos mecanismos de mercado, a ponto de Ter afirmado o professor EROS GRAU a "existência de um certo comprometimento entre intervencionismo econômico e mercado, eis que aquele está voltado à preservação deste". Também é neste contexto que se insere a disciplina jurídica do poder econômico e a tutela da concorrência, que têm no poder econômico o principal objeto de sua análise.

Para efeitos de sua disciplina jurídica, podemos dizer que poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. Poder econômico é não só, mas principalmente, o controle sobre os preços, uma vez que a concorrência, muito embora também possa ocorrer em relação à qualidade dos produtos (concorrência não de preços ou concorrência pela qualidade), com muito maior frequência terá nos preços seu foco principal. Entretanto, como dizem AREEDA & KAPLOW, é banal a existência de níveis moderados de poder econômico. É óbvio que, for a dos modelos econômicos ideais, muito comum será encontrar indivíduos com alguma capacidade de exercício de controle sobre os preços, sem que isso assuma necessária relevância no campo da política antitruste. Dessa forma, o poder econômico não se caracteriza como uma questão de tudo ou nada, mas sobretudo como uma questão de grau. Pode ocorrer que o poder econômico desfrutado por um determinado agente, apesar de existente, não se revista da magnitude necessária para tornar-se objeto da atividade antitruste do Estado. Por outro lado, um outro agente econômico poderá vir a ser objeto dessas preocupações, mesmo não desfrutando de poder de caráter absoluto, por estar, em certa medida, limitado pelas condições impostas pelo mercado.

Tanto o lado da oferta como o da procura devem ser levados em consideração, já que o controle sobre uma, tal como sobre a outra, pode desvirtuar a situação de equilíbrio de forças que se estabelece entre esses dois vetores econômicos dentro de um regime de mercado puramente concorrencial.

## **B) Noção Jurídica de Posição Dominante**

A Lei 4.137/62 não fez referência à expressão posição dominante. Provavelmente na esteira da tradição norte-americana, deu ênfase ao aspecto dos monopólios, conceituando o termo condições monopolísticas, em seu art. 5º, como o fato de uma empresa ou grupo de empresas controlar em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, a ponto de exercer influência preponderante sobre os respectivos preços. Ao mesmo tempo, definiu como abuso de poder econômico o fato de dominar mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência, através das práticas elencadas nas alíneas A a G, do inciso II do artigo 1 daquela lei.

O professor SHIEBER preocupou-se em examinar o sentido da expressão dominar mercados nacionais, valendo-se, como já abordado, do conceito de mercado relevante, oriundo do direito norte-americano, como sinônimo de mercados nacionais. Em relação ao sentido do verbo dominar, encontrou dois significados possíveis. Um primeiro, mais intenso (que denominou exclusivo), significando elevar-se acima de, estar sobranceiro a alguma coisa. De outro lado, um sentido mais brando (que denominou não exclusivo), de exercer autoridade ou poder sobre algo. Diante desses dois sentidos da palavra, manifestou o entendimento de que o termo dominar mercados nacionais deveria ser tido na acepção mais branda do verbo dominar, de forma a permitir que se enquadrassem, na mencionada expressão legal, as situações em que não houvesse propriamente um monopólio, ou uma empresa substancialmente mais forte do que as demais, mas também aquelas em que houvesse poucas empresas detentoras de grande influência sobre o mercado, ou seja, uma hipótese de dominação coletiva. Com isso, procurou também os oligopólios sob o regime da Lei 4.137/62.

A expressão dominar mercados nacionais significava "ficar em condições de poder impor preço de mão de obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, ao seu talante, as ofertas".

Em relação ao delito de tentativa de monopolização, apesar de não se poder formular uma regra geral, eis que a quantidade de poder de mercado necessária variará conforme a prática restritiva que se imputa. As cortes americanas consideram que, em alguns casos, uma participação de mercado entre 30 e 50% já é suficiente, mas normalmente se exige participação superior aos 50% para a configuração da tentativa. Como se vê, nos Estados Unidos, a quantidade de poder econômico necessária - evidenciada pela participação que o agente econômico detém no mercado - varia conforme seja a prática restritiva que lhe é imposta. Assim, por exemplo, na prática de vendas casadas (tying arrangements) e na exigência de pacto de exclusividade (exclusive dealing), a participação de mercado necessária varia ao redor de 30%.

Muitos problemas surgem quando da caracterização da posição dominante, já que não existem limites precisos entre concorrência e monopólio, revelando-se o poder no mercado como uma questão de grau. Ele menciona a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades, no caso Hoffmann-la Roche, onde a liberdade de ação da empresa acusada foi tida como característica típica da existência de posição dominante. Para chegar a tal conclusão, a Corte considerou relevantes os seguintes fatores: 1) a proporção existente entre a participação de mercado da empresa acusada e a de suas concorrentes; 2) sua liderança tecnológica; 3) sua rede de vendas altamente desenvolvidas; 4) a ausência de concorrência potencial. Nas palavras da Corte, "o primeiro" (fator) "porque possibilita a avaliação do poderio econômico da empresa, o segundo e o terceiro porque representam vantagens técnicas e comerciais, e o último porque ele é consequência da existência de obstáculos que impedem o acesso de concorrentes ao mercado". Trecho dessa mesma decisão onde o Tribunal distinguiu a posição dominante da mera simetria de condutas entre concorrentes, peculiar aos oligopólios, quando não fundamentada em acordo anticoncorrencial. Para a Corte, na simetria de condutas as empresas interagem, enquanto na posição dominante os lucros são determinados em grande medida de forma unilateral, estando a empresa livre do sistema de freios e contrapesos que o mercado lhe imporá, se em clima de concorrência pura. Isto parece indicar, o Tribunal teria rejeitado a possibilidade de haver uma posição dominante coletiva, em relação às hipóteses em que não haja acordo entre concorrentes, muito embora a Comissão Européia tenha-se referido a tal espécie de dominação, no curso de suas investigações acerca da indústria petrolífera. Tradicionalmente, a Corte Européia entende que o artigo 86 do Tratado somente se aplica a abusos coletivos quando os agentes estejam ligados entre si dentro de um mesmo grupo societário ou quando ao menos exista entre eles algum relacionamento estrutural permanente. Entretanto, o caso Italian Flat Glass, onde a

Comissão Européia acusou um grupo de três empresas de exercício abusivo de posição dominante (coletiva), com base no artigo 86 do tratado, a Corte de Primeira Instancia não discordou do conceito de dominação coletiva, para efeitos do art. 86 do tratado, muito embora tenha anulado a decisão da Comissão por deficiências na avaliação do mercado relevante, bem como por falta de demonstração da coordenação entre as atitudes das empresas.

É importante ressaltar que na Comunidade Européia, tal como ocorre entre nós, a posição dominante não é ilícita em si, mas tão somente o seu exercício de forma abusiva adentra o campo da ilicitude.

Entre nós, o conceito de posição dominante foi expressamente adotado pela Lei 8.884/94. A influência européia, entretanto, muito antes do advento da lei em questão, já tinha atraído a atenção da doutrina brasileira para o tema. Para CARVALHOSA, a posição dominante pressuporia um "pré-estado de poderio econômico, sendo "fruto direto e imediato da imperfeição estrutural do mercado". Assim, a "empresa revestida de poder econômico, ao encontrar-se em posição dominante tem, mais do que em qualquer outra circunstância, uma capacidade decisória que transcende às leis concorrenciais". Em outro ponto de sua obra, volta ao conceito, como sendo a "detenção, por determinada pessoa, de uma tal quantidade de produtos, a ponto de exercer no mercado grande influência na determinação de preços".

A Lei 8.884/94, por seu turno, qualificou como infração à ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante. Não se pode deixar de mencionar que, ao fazê-lo, tratou do assunto através de duas disposições redundantes. O inciso IV do artigo 20 estabeleceu configurar violação da ordem econômica o fato de alguém exercer de forma abusiva posição dominante. Ao mesmo tempo, o inciso II do mesmo artigo também qualificou de infração à ordem econômica o ato de dominar o mercado relevante de bens ou serviços. O parágrafo 2º de tal artigo, entretanto, declarou lícita a dominação de mercado, quando decorrente de conquista de mercado fundada na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores. Em outras palavras, não configura o ilícito de dominação de mercado relevante a dominação de mercado decorrente de conduta não abusiva. Assim, como se vê, tanto o inciso II quanto o IV incriminam somente o exercício abusivo de posição dominante, o qual em nada difere do fato de dominar mercados nacionais por meio de práticas abusivas. Bastaria, pois, para atingir as finalidades visadas pela lei, a disposição contida no inciso IV, mais técnica e melhor redigida, sendo despicienda a análise do inciso II do artigo 20.

No que se refere ao conceito de posição dominante, a Lei 8.884/94 em seu artigo 20, parágrafo 2º, trouxe a seguinte definição: "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". Admite a lei, portanto, a existência da posição dominante coletiva, já que se refere a empresa ou grupo de empresas. Mais adiante, no parágrafo 3º do mesmo artigo, estabeleceu presunção de que o controle de parcela substancial de mercado relevante configura-se quando a participação de uma determinada empresa no mercado seja da ordem de 20%.

A definição legal, entretanto, não traz em si todos os elementos necessários à compreensão do que seja posição dominante em Direito brasileiro. Refere-se à posição dominante como sendo o "controle de parcela substancial de mercado relevante", presumindo existir tal controle quando haja participação de mercado na ordem de 20%. Mas isso não é suficiente, já que a presunção, isoladamente, apesar de poder apresentar alguma utilidade prática, não revela em si o que seja o controle de mercado. A definição legal, portanto, pouco ou nada serve ao intérprete se desacompanhada da compreensão do que seja poder econômico e de conhecimentos básicos da doutrina econômica pertinente.

Sem dúvida, é neste sentido forte, de poder e dominação, que a palavra controle deve ser tomada, ao interpretar-se o conceito legal de posição dominante, que se verifica, segundo a lei, quando houver controle de parcela substancial de mercado relevante.

As expressões poder de mercado e posição dominante não parecem ser exatamente sinônimas. Com efeito, como já exposto, a avaliação do poder de mercado é, sobretudo, uma questão de grau, podendo ocorrer que, níveis moderados de poder econômico, muito comuns de serem encontrados nos mercados reais, sejam absolutamente irrelevantes à tutela da concorrência e à repressão dos abusos do poder econômico. Como afirmam AREEDA & KAPLOW: "modest power is a common place".

Assim, resumindo, pode-se dizer que posição dominante é aquela que configura a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume de oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante.

#### 4. Mensuração do Poder nos Mercados

A fim de dimensionar o poder de mercado dos diversos agentes econômicos, a lei brasileira adotou o critério de participação no mercado, ou market share, como a ele se referem os norte-americanos, associado subsidiariamente ao faturamento, este para fins de obrigatoriedade de submissão ao CADE dos atos de concentração econômica. Com efeito, o artigo 20 da Lei 8.884/94, em seu parágrafo 2º, estabelece presunção de existência de posição dominante quando houver participação de mercado igual ou superior a 20% do mercado relevante, ao passo que o artigo 54 da mesma lei obrigou a submissão ao CADE dos atos que resultassem em tal participação percentual, bem como daqueles em que qualquer dos participantes tenha registrado um faturamento bruto anual, no último balanço, igual ou superior a cem milhões de UFIR.

A lei brasileira refere-se a 20% do mercado relevante como a participação no mercado mediante a qual se presume que seu titular esteja em posição dominante. Trata-se, obviamente, de presunção relativa, que tem por efeito prático a inversão do ônus da prova, como em geral o fazem as presunções iuris tantum. Nem poderia ser outra a conclusão, já que, como se viu anteriormente, a análise econômica indica outros fatores também extremamente relevantes na mensuração do poder econômico, que não somente a participação no mercado. Assim, para haver abuso que possa ser punido, impõe-se que previamente exista poder econômico, sem o qual não se terá caracterizado a figura a que se refere a constituição Federal (abuso do poder econômico), que deve ser reprimida.

Como ensina HOVENCAMP, calcular a participação no mercado de um determinado agente é tarefa conceitualmente fácil: basta totalizar os dados do mercado relevante e verificar a proporção que os dados individuais do agente em análise representam no total do mercado. Essa relação proporcional, expressa em porcentagem, será a participação de mercado do agente analisado. O problema reside, entretanto, não no conceito de participação de mercado, mas sim na obtenção e na escolha dos dados a utilizar, os quais podem ser o faturamento, o número de unidades vendidas, a capacidade de produção, entre outros. Por outro lado, em matéria de concorrência, qualquer que seja o critério adotado, é quase sempre impossível reunir-se os dados necessários de forma integral.

Por essas razões, não é possível medir-se diretamente o poder de mercado, ou poder econômico, mas tão somente inferir-se qual seja ele. O poder econômico depende não só da participação no mercado, mas também de uma série de outros fatores que devem ser levados em conta, como, por exemplo, a existência de barreiras

à entrada ou mesmo a natureza do produto. A participação de mercado detida por um dado agente econômico, assim, nos dá somente uma vaga idéia da extensão real do poder que por ele é realmente detido. É necessário, pois, Ter-se em vista que a participação de mercado, quando analisada isoladamente, não quer dizer muito e, por outro lado, quando conjugada aos demais fatores de mercado, pode apenas dar uma idéia relativa da quantidade de poder econômico que ela enseja. Como ensinam AREEDA & KAPLOW, utilização de dados de tal forma relativos pode não ser desejável, mas muitas vezes será inevitável. O que é inescusável é perder-se de vista a relatividade dos fatos sobre os quais o interprete formará o seu juízo.

Os critérios mais lógicos e diretos para a análise do mercado e das participações que os diversos concorrentes nele mantêm são os que se utilizam do faturamento, ou do número de unidades vendidas, como base no cálculo das participações de mercado. Isso é especialmente válido quando se trata de produtos razoavelmente homogêneos e de preços aproximados, em relação aos quais o resultado será o mesmo quer se utilize o faturamento, quer o número de unidades. Entretanto, isso não ocorrerá quando houver grande diferenciação entre os produtos, especialmente quando os bens sucedâneos em consideração tenham preços substancialmente diversos.

HOVENCAMP afirma que, na maioria dos casos, o cálculo das participações de mercado ou tomará por base o número de unidades ou o faturamento, dados que, frequentemente, são os mais facilmente encontrados na maioria dos mercados, e que tendem a ser os mesmos, salvo quando houver grande diferenciação de preços. Quando os preços forem aproximadamente os mesmos, com variações pequenas, eventual divergência entre os números oriundos da utilização do faturamento ou do número de unidades pode ser tomada como compatível com a margem de erro do cálculo em si. Para esse autor, tecnicamente, deve-se preferir o número de unidades ao faturamento, como sendo o melhor critério, salvo quando houver grande diferenciação de preços, ou quando a substituição de um produto por outro não se der par, ou, em outras palavras, quando for necessária maior quantidade de um dos produtos do que do outro para a satisfação da mesma necessidade. Ainda, excepcionalmente, o faturamento também será o melhor critério quando se tratar de bens duráveis e tenha-se incluído no mercado relevante tanto os bens novos como os usados. O diferencial de preços indicará o nível de preferência dos consumidores entre ambas as variedades de produto. Deve-se, por outro lado, como regra geral, preferir o número de unidades produzidas ao número de unidades vendidas, sendo que eventuais diferenças entre um e outro provavelmente se deverão ao fato de a coleta de dados ter-se limitado a um período extremamente curto.

Temos que considerar ainda a hipótese de incluir na participação de mercado não só a produção efetiva dos agentes econômicos, mas também o excesso de capacidade instalada existente. HOVENCAMP afirma, como regra geral, que o excesso de capacidade não deve ser levado em conta, haja visto serem muito difíceis de se obter os dados suficientes para a exata avaliação da existência de tal excesso. Assim, ele ainda afirma que o volume de produção efetiva é melhor critério do que a capacidade instalada, exceto quando a existência de excesso de capacidade seria extremamente óbvia, de tal maneira que a entrada no mercado da oferta tida por iminente seja tão provável, que restringir o cálculo à produção efetiva distorcerá a avaliação do poder econômico dos envolvidos. Certamente, ainda quando o excesso de capacidade não for considerado no cálculo do próprio mercado relevante, deverá ser levado em conta no campo das barreiras à entrada, à semelhança do que foi visto no estudo do conceito de mercado relevante.

Pode-se perceber que, embora, na teoria, a participação de mercado seja um conceito simples, sua apuração, na prática, é deveras complexa e apresenta múltiplas variações. No entanto, a participação no mercado é o principal elemento em que se baseia a análise antitruste. Apesar disso, não é o único. Uma série de outros fatores

influirá no dimensionamento da quantidade de poder econômico desfrutada por um determinado agente. Em casos extremos, a participação no mercado pode ser prova irrefutável da existência de poder econômico, como quando 100% do mercado sejam controlados por uma só empresa, ou ainda quando a participação da empresa em análise seja tão pequena, - por exemplo, apenas 5% - que revele a absoluta ausência de controle sobre os preços.

A procura residual é um deles. Por procura residual ou elasticidade residual da procura tem-se a intensidade da procura por um determinado bem, após excluída a parcela da procura atendida pelas vendas dos outros bens que lhes sejam concorrentes. Assim, para o monopolista, a procura residual é igual à curva da procura global do mercado, enquanto que para um concorrente perfeito, ela se apresentará horizontal, de forma a representar que tal competidor perderá a totalidade de suas vendas caso efetue qualquer aumento de preços. Portanto, quanto mais elástica for a procura residual, menor será o controle que o agente econômico analisado poderá exercer sobre os preços. Entretanto é muito difícil de se calcular diretamente a procura residual, já que, para tanto, são necessários dados como as elasticidades da procura e da oferta das empresas concorrentes, bem como o custo marginal, que, normalmente, são dados muito difíceis de serem obtidos. O método mais comum de se calcular a procura residual é um método indireto, realizado através da análises dos choques de custo, entendidos estes como aquelas variações individuais de custos, que não sejam acompanhadas por variações semelhantes nos custos dos concorrentes. Através da observação da variação nos preços, cotejada com as variações individuais de custo, o analista pode inferir qual o grau de poder econômico exercido por um determinado agente, na medida em que ele tenha ou não podido repassar a seus preços a integralidade dos aumentos de custo sofridos. Assim, um concorrente perfeito que venha a sofrer um aumento individual de custos, não terá outra opção a não ser suportar uma queda em seus rendimentos totais, ao passo que uma empresa com elevado grau de poder de mercado poderá reduzir a oferta de produtos, a fim de aumentar-lhes o preço, na proporção do aumento de custos, mantendo constantes seus rendimentos.

Outro fator a ser analisado é a existência de discriminação de preços, prática entre nós qualificada como abuso do poder econômico, pelo inciso XII, do artigo 21 da Lei 8.884/94. No modelo econômico da concorrência perfeita, não há espaço para a ocorrência de discriminação de preços, ou seja, a prática de preços diferenciados para diferentes compradores sem justificção nos custos. A perfeição do modelo presume o perfeito conhecimento por parte de todos os agentes do mercado acerca do total das informações relevantes, de forma que todas as operações sejam realizadas ao mesmo preço único de mercado, por todos conhecido. Mas na vida real isso nem sempre se verifica. Quem for detentor de elevado grau de poder econômico, obterá rendimentos excedentes caso consiga efetuar cada uma de suas vendas pelo maior preço que cada comprador estiver disposto a pagar, isto é, praticar preços diferentes para os diversos compradores. Nem sempre isso é possível, já que não é sempre que se pode separar os diversos compradores, ou grupo de compradores, de forma a evitar que aqueles que tenham adquirido o produto por preço mais baixo revendam-no por um preço intermediário para aqueles dispostos a pagar preço ainda maior. Assim, como nem sempre é possível exercer a discriminação de preços, mesmo quando houver poder econômico, a ausência de discriminação de preços não significa a inexistência desse poder. Por outro lado, a existência de discriminação de preços persistente é uma grande indicação da existência de poder econômico em relação aos mercados onde os preços mais altos sejam praticados. Deve-se ressaltar que somente a existência de discriminação de preços de caráter persistente é indicativa da existência de poder econômico. Flutuações eventuais de preço são absolutamente normais, dadas as imperfeições dos mercados reais, as quais, apesar de distantes do modelo ideal, são um dado da realidade que deve ser levado em conta.

Pelo que foi exposto até aqui, decorre que a presença de discriminação de preços persistente é indicativa da existência de poder econômico, mas o dimensionamento da quantidade de poder que ela representa é tarefa bastante difícil, já que sua ausência não induz necessariamente à conclusão da inexistência de poder. Isso porque, a possibilidade de discriminação de preços depende não só do poder econômico do agente, mas também de sua capacidade de segregar os diversos consumidores que serão vítimas da discriminação. A existência de discriminação em baixos níveis, portanto, pode ser indicativa tanto de que o agente econômico carece de poder para intensificar a discriminação de preços, bem como de que ele, apesar de economicamente bastante poderoso, não é capaz de segregar os consumidores ao ponto que lhe possibilite intensificar a diferenciação de preços.

Também a existência de lucros excessivos é indicativa da existência de poder econômico, mas a aferição de tais lucros, da mesma forma, nem sempre é fácil. Isto porque, primeiramente, como acontece no campo da análise antitruste, muito frequentemente não será possível reunir todos os dados relevantes. Em segundo lugar, conforme AREEDA & KAPLOW, na análise antitruste o que importa são os lucros econômicos, enquanto as empresas registram suas operações através de critérios contábeis. Ora, o conceito econômico de lucro é diferente do conceito contábil, onde fatores como a depreciação dos bens ou a alocação de custos tornam o resultado econômico substancialmente diverso do resultado contábil.

Mas à semelhança do que ocorre com a discriminação de preços, se a presença de lucros contábeis, economicamente ajustados, pode sugerir a existência de poder econômico, o reverso não será necessariamente verdadeiro. Lucros modestos podem tanto revelar um concorrente perfeito, quanto um monopolista despreocupado com seus custos. Por outro lado, a existência de lucros mais elevados pode estar associada a uma situação privilegiada de custos, e não propriamente ao controle que a empresa possa ter sobre os preços.

Diante do que foi exposto, pode-se concluir que o dimensionamento do poder de mercado, ou do poder econômico, tem seu foco principal na análise da participação que o agente detém no mercado relevante. Este é o principal, mas não o único elemento que deve ser analisado. Fora de casos extremos, a participação de mercado, isoladamente, pode não significar muito. Entretanto, associada aos outros fatores abordados, ela pode dar idéia mais precisa do poder econômico efetivo detido pelo agente econômico em análise. Não se pode perder de vista que poder econômico é, fundamentalmente, a capacidade de controlar os preços e não a parcela de mercado detida por um determinado agente econômico. Assim, mesmo que se consiga apurar participação de mercado dentro dos parâmetros eleitos por presunções legais, isto não demonstra a existência efetiva de poder econômico, mas representa tão somente a inversão do ônus da prova respectiva, que ficará a cargo do agente econômico que tenha se enquadrado na presunção. A investigação sobre a existência de poder econômico, em nível juridicamente relevante, é sempre indispensável, já que na ausência de poder econômico não há possibilidade de desempenho da atividade antitruste do Estado, pois não havendo poder não haverá abuso a coibir.

É importante mencionar, ainda, que a análise das participações de mercado serve também para a aferição da intensidade da concorrência nele existente, através da utilização dos índices de concentração econômica, dentre os quais se destacam a Razão de Concentração das Quatro Maiores Empresas - CR4 e o Índice Herfindahl-Hirschman-IHH.

A CR4, representa a soma das participações percentuais de mercado das quatro maiores empresas nele existentes e foi o índice mais utilizado nos Estados Unidos até a reformulação dos Mergers Guidelines ocorrida em 1982. Quando da aplicação desse índice, através da soma das quatro maiores participações de mercado, resultasse um percentual igual ou superior a 75%, tinha-se o mercado como altamente concentrado. Entretanto, esse índice por si só não retrata com exatidão o

nível de concentração existente. Assim, por exemplo, a CR4 será igual a 80% se as quatro empresas detentoras das maiores participações de mercado tiverem, cada uma, participação igual a 20%. Entretanto, a expressão do índice será a mesma, caso tenhamos uma empresa com a imensa fatia de 74% do mercado, e três pequenas concorrentes, detentoras de participações não maiores dos 2% cada uma. Evidentemente, na Segunda hipótese haveria muito risco à concorrência do que na primeira.

O IHH retrata melhor essas disparidades. Esse índice representa a soma dos quadrados das participações de mercado de todos os concorrentes. A adoção do exponencial como critério é fácil de se explicar, porque caso todas as participações de mercado, expressas em percentuais, fossem somadas, sem terem sido elevadas à Segunda potência, o resultado seria invariavelmente igual a 100 (100%). Se elevadas ao quadrado, ao contrário, os resultados variarão sempre, conforme seja a dimensão de cada uma das participações levadas em conta. Assim, o resultado máximo do índice será de 10.000. No exemplo anterior, no primeiro caso teríamos um IHH de 1.600, enquanto, no segundo, ele seria igual a 5.488. Os Mergers Guidelines de 1992 adotam o IHH como parâmetro da análise da concentração existente no mercado. Se o índice for igual ou inferior a 1.000, os Guidelines têm o mercado como não concentrado. Entre 1.000 e 1.800, moderadamente concentrado. E, acima de 1.800, o mercado é considerado altamente concentrado.

Há problemas práticos na utilização tanto de um quanto de outro índice, a ponto de HOVENCAMP afirmar que ainda não foi demonstrado que um deles é melhor do que o outro, segundo as características do mercado analisado. Muito embora se possa afirmar que a prática de atos anticoncorrenciais é mais provável em mercados concentrados do que naqueles em que haja concorrência atomística, o dimensionamento da concentração através dos mencionados índices é mera tentativa de previsão da probabilidade de ocorrerem comportamentos anticompetitivos no mercado.

#### **IV. Abuso do Poder Econômico**

##### **1. Conceito de Abuso**

Não seria possível de outra maneira pretender abordar o conceito de abuso do poder econômico, a não ser de forma incompleta. Isto porque, ao tratar-se da disciplina jurídica do poder econômico, é necessário, primeiramente, que se tenha exata compreensão do fenômeno juridicamente regulado. Em segundo lugar, porque deve o analista ser capaz de identificar a existência de poder econômico, para que possa aplicar as regras pertinentes à sua disciplina em Direito Econômico, deixando de fazê-lo quando não houver quantidade de poder econômico que seja juridicamente relevante. A constatação é óbvia, mas não se deve menosprezá-la: não pode haver abuso quando não há poder econômico.

A Constituição Federal vigente estabelece a diretriz de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Vê-se, portanto, que o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular, desde que observados os ditames dessa mesma ordem econômica. Como ressalta FÁBIO KONDER COMPARATO, a economia moderna está prestes a liquidar por completo a noção clássica de mercado, na qual este, através de sua estrutura atomística, seria orientado em favor do consumidor. A situação de monopólio – prossegue – seria uma anomalia, uma verdadeira aberração. Hoje, ao contrário,

reconhece-se o fato de os mercados serem formados por decisões de empresas dotadas de poder econômico: "O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção". Fenômenos como os acordos, as posições dominantes, as práticas restritivas e as concentrações não são, em si mesmos, fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado industrial - a ordem privada econômica.

## 2. Livre Iniciativa e Livre Concorrência

Originalmente a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens, ou seja, garantia do caráter absoluto da propriedade. Por outro lado, representava, ainda, garantia da autonomia jurídica, de desenvolver livremente a atividade escolhida e de regular suas relações do modo mais conveniente, sem a intervenção estatal. EROS ROBERTO GRAU, por sua vez, afirma que o princípio de liberdade de iniciativa econômica enseja a reserva de um campo, uma parcela da atividade econômica a ser explorada pela empresa privada.

Trata-se, como se vê, de uma liberdade propriamente dita, e não de um direito subjetivo a determinada prestação de outrem, como afirma FÁBIO KONDER COMPARATO, arrimado na doutrina francesa. Liberdade de iniciativa econômica é liberdade de acesso ao mercado, independentemente de qualquer ingerência estatal. Cada agente econômico é livre para empreender suas atividades produtivas, escolhendo-as e desenvolvendo-as livremente, sem a interferência do Estado. Entretanto não se trata de uma liberdade de caráter absoluto, mas de uma liberdade regulamentada, ou seja, liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, que somente é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social. Há, portanto, uma parcela da atividade econômica que é reservada preferencialmente aos particulares, na qual podem atuar livremente, limitados, porém, aos ditames da justiça social, estabelecidos em lei.

É nesse contexto que a Constituição Federal erige, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV), bem como da ordem econômica (artigo 170, caput), o valor social da livre iniciativa.

Para EROS ROBERTO GRAU, a livre iniciativa é um conceito extremamente amplo, que não se limita à liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa. Para tal autor, não se pode vislumbrar na afirmação constitucional da livre iniciativa apenas uma afirmação do capitalismo. A ela, livre iniciativa - prossegue - a Constituição somente opõe a iniciativa do Estado (apesar de não a excluir), pois a livre iniciativa não se expressa somente pela liberdade de empresa, mas também pela liberdade de trabalho. A livre iniciativa, aliás, por ser um modo de expressão do trabalho, é corolário da valorização constitucional do trabalho humano: o trabalho livre. Enfim, a livre iniciativa, para o professor EROS GRAU, é um aspecto da própria liberdade, em virtude do que não se restringe somente à empresa, já que ela, liberdade, é um atributo inalienável do ser humano.

Mas, indiscutivelmente, é em sua faceta de liberdade de iniciativa empresarial que o princípio da livre iniciativa assume maior relevância jurídica, ao menos sob o ponto de vista prático.

Através desse princípio, garante-se não só (1) a liberdade de acesso ao mercado, mas também (2) a liberdade de permanência do mercado.

Sob o primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa econômica é liberdade de indústria e comércio - ou seja, não ingerência do Estado no domínio econômico - e denota uma liberdade pública.

Por outro lado, como um corolário desse primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa empresarial também expressa a liberdade de permanência no mercado, ou seja, a livre concorrência, ou ainda, em outras palavras, a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos

pelos demais agentes econômicos privados. Vê-se, destarte, que a adoção entre nós do princípio da livre iniciativa bastaria para se ter por constitucionalmente protegida a livre concorrência, que é seu corolário. Assim ocorreu desde a Carta de 1946 até a emenda número 1 de 1969, quando o princípio da livre concorrência não era expressamente assegurado de forma apartada do princípio da livre iniciativa. Neste aspecto, o princípio da repressão aos abusos de poder econômico estava implícito nas Constituições de 1934 e 1938, sendo omissa a respeito a de 1891. Isso demonstra que o princípio da livre concorrência era compatível também com tais Cartas políticas.

Livre iniciativa e livre concorrência são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o valor social da livre iniciativa, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a livre concorrência é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor social. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios não só da ordem econômica, mas da Constituição como um todo.

Desta forma, a consagração da livre iniciativa e da livre concorrência não exclui a atuação do Estado no domínio econômico, seja exercendo sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica, seja atuando com vistas à preservação da própria livre concorrência, como agente repressor dos abusos do poder econômico. Entretanto, não se pode perder de vista que, muito embora sejam limitadas as liberdades de iniciativa e de concorrência, isto não significa que possam ser admitidas restrições além de um certo ponto. É imperativo da ordem econômica que tanto a iniciativa econômica quanto a concorrência sejam livres, não se admitindo modalidades de intervenção estatal que venham a suprimir por completo tais liberdades, ainda que transitoriamente, assim como não são admitidos os atos de agentes privados que produzam tal efeito.

### 3. Poder Econômico e seu Exercício Regular

O poder econômico é tido pela ordem jurídica como um dado estrutural e não como uma anomalia. De outra parte, seu exercício é legitimado não na qualidade de um mero direito subjetivo, na acepção tradicional do conceito, mas por aquilo que ele possa exprimir de socialmente valioso, ou seja, em razão da função social que lhe é estabelecida pela mesma ordem jurídica.

Não deixa de ser contraditória e paradoxal a constatação de que, não obstante o caráter privado e individualista dos interesses prevalentes, a atividade empresarial deva ser condicionada à realização de objetivos de cunho social (e não meramente societários), diversos perseguição dos lucros. Para a devida compreensão da extensão efetiva de tal destinação e de sua compatibilização com os interesses privatísticos que lhe são contraditórios, é necessário ter em mente que livre iniciativa e a livre concorrência, no contexto constitucional, mais do que valores em si mesmas, representam parte de uma técnica de produção social, onde a iniciativa é reservada preferencialmente ao setor privado, não necessariamente por força de uma justificação axiológica, mas por crer o constituinte na maior eficiência desta técnica de produção em relação às demais, por força de uma decisão de caráter político.

Se é certo que a ordem econômica estabelecida visa o desenvolvimento, que difere do simples crescimento porque implica um salto de qualidade e não simplesmente um salto quantitativo, bem como à justiça social, que se logra atingir mediante distribuição equitativa de riqueza, a liberdade de iniciativa empresária coloca-se como parte do método através do qual o constituinte acredita venham a ser atingidos tais objetivos. Vale dizer: a propriedade privada dos meios de produção justifica-se na medida em que sirva de incentivo ao desenvolvimento econômico e que,

por esta via, proporcione melhor distribuição de riqueza (como, por exemplo, através da ampliação do número de postos de trabalho), o que equivale a afirmar que tais objetivos sociais muitas vezes serão atingidos por meios indiretos. O ceticismo de alguns acerca da eficácia de tal sistema, como forma de alcançar a almejada justiça social, não tem propriamente lugar no plano jurídico, senão no campo de acalorados debates sobre ideologia política. Ao jurista importa o fato de que essa ordem econômica dita os caminhos através dos quais tais objetivos sociais serão perseguidos. A livre empresa não é senão um desses caminhos. Há outros, todavia, que também devem ser trilhados, como o desenvolvimento de políticas públicas e a utilização do Direito como um fator de transformação social. Em busca de tais objetivos, o Estado não tem somente o poder de intervir no domínio econômico, mas, fundamentalmente, o dever de fazê-lo.

Não obstante, a livre iniciativa é também um valor social, que deve ser preservado. Justifica-se ela em razão de sua função social – pelo que configura um poder-dever – mas não se abandona por completo a idéia de que ela também é uma liberdade individual, o que lhe confere um certo caráter de direito subjetivo, não absoluto como outrora, mas com uma finalidade social. Portanto, está ela a meio caminho, entre um jus e um munus. Vale dizer: a Constituição determina uma economia de caráter descentralizado, com preponderância da iniciativa empresarial privada, em regime de livre concorrência. A concorrência, pois, deve ser regra e não exceção. Mas a existência de poder econômico, tido como dado estrutural do sistema e não como anomalia, não é incompatível com essa ordem de coisas, muito embora, na pureza dos modelos econômicos, expresse uma relação antitética com a liberdade de concorrência. Sua ilicitude somente ocorrerá quando houver abuso em seu exercício, ou seja, na medida em que venha a ser desrespeitada essa função, que lhe é atribuída pela ordem jurídica: servir de instrumento na perseguição do desenvolvimento e da justiça social.

Importa, pois, examinar de que maneira o poder econômico pode ser exercido legitimamente. Tal ocorrerá, quando atender a sua função social, já que, como afirmado pelo aludido jurista, “o poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade”. Mas tal afirmação não implica que tenhamos, sob o prisma constitucional, abandonado por completo a convicção liberal de que a busca de interesses privados por particulares muitas vezes pode conduzir ao bem comum. Assim, tanto não haverá razão em interpretar-se a afirmação constitucional dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência como uma reafirmação do *laissez faire*, em termos absolutos, como também desarrazoado será vislumbrar-se exagerado conteúdo social na atividade empresarial, a fim de justificar intervenções estatais além de um certo ponto. Como normalmente ocorre, a razão não socorrerá a nenhum dos extremos.

#### 4. O Poder Econômico e Regra da Razão

Para aferir a licitude de certos tipos de práticas anticoncorrenciais, a jurisprudência norte-americana desenvolveu o que convencionou chamar de *rule of reason*, ou regra da razão, em contraposição à regra da ilicitude *per se*, noção a ela oposta. A regra da razão, em sua gênese, foi desenvolvida em um caso em que se alegava monopolização de atividade, em violação da seção Segunda do Sherman Act. Entretanto, a doutrina norte-americana nos mostra que, nos últimos tempos, a aplicação da regra vem sendo discutida mais freqüentemente em relação aos acordos entre concorrentes.

Segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de conduta – tais como algumas espécies de acordo entre concorrentes – são consideradas ilícitas, independentemente do contexto em que forem praticadas, ou mesmo dos efeitos

obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. Quando a regra da ilegalidade per se é aplicada, a prática é considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente, que pode até não existir. Isso significa que o acusado não tem o direito de aduzir em sua defesa, quer os bons efeitos econômicos da prática incriminada, quer sua inofensividade, pela ausência de quantidade de poder suficiente para influir nos preços de mercado. O exemplo clássico de ilicitude per se ocorre em relação aos acordos entre concorrentes para fixação de preços (price fixing), onde a conduta é considerada ilegal ainda que enseje ganhos de eficiência econômica ou mesmo quando o agente necessite absolutamente de poder econômico que lhe habilite produzir algum efeito anticoncorrencial através da conduta incriminada.

Já em relação às práticas sujeitas à regra da razão, o acusado é admitido a demonstrar que tais práticas geram ganhos de eficiência e que os danos à concorrência são mínimos. Sob esse prisma, a prática somente é considerada ilícita na medida em que configure uma restrição não razoável (ou desarrazoada) à concorrência. Com efeito, em relação a muitos, senão a todos os acordos que possam ser realizados entre concorrentes, haverá um certo grau de limitação no nível de concorrência existente entre as partes. Entretanto, muitas vezes, o efeito produzido será economicamente benéfico, muito embora possa parecer, à primeira vista, que o acordo celebrado é prejudicial à concorrência. Tal ocorreu, por exemplo, no Caso Chicago Board of Trade, onde uma regra existente no seio dessa Bolsa de Chicago impedia seus membros de realizarem determinadas operações de compra e venda, senão dentro de um pregão especial que ocorria apenas uma vez por dia. Entretanto a proibição não era absoluta: as operações poderiam ser realizadas durante o interstício compreendido entre dois pregões diários, mas obrigatoriamente ao preço do fechamento verificado no pregão anterior. A Corte entendeu a prática como legítima, já que, muito embora representasse um determinado grau de restrição à liberdade de concorrência, seus efeitos benéficos no mercado eram relevantes, suficientemente capazes de legitimar a restrição. Assim, por espírito de simplificação, pode-se dizer que a regra da razão é uma forma de aferir-se a existência ou não de eficiência, decorrente prática cuja licitude é investigada. Muitas vezes, até, implicará verificar se a restrição à concorrência não traduz um mal menor, justificável tendo em vista o mal maior que foi evitado.

Como ensina HOVENCAMP, o emprego do critério de ilicitude per se será mais frequente em relação a práticas em cuja análise os juízes já tenham longa experiência, que os tenha convencido da alta probabilidade de tais práticas produzirem maus resultados concorrenciais. Por outro lado, o conteúdo da regra da razão variará consideravelmente, conforme a escola econômica prevalente na análise antitruste em cada momento histórico. Quando, por exemplo, seja dada maior ênfase às liberdades econômicas individuais, haverá maior tendência a se considerarem ilícitas as práticas de concentração empresarial. Por outro lado, tais práticas serão toleradas quando proporcionarem eficiências, nos momentos em que maior relevo for dado à eficiência, no campo da doutrina econômica. Portanto, a análise é, em grande medida, casuística e vem mudando consideravelmente de feição no transcorrer da história da disciplina antitruste norte-americana.

Desde a publicação do estudo do professor SHIEBER, a doutrina brasileira vem defendendo a aplicação da regra da razão na interpretação das normas da disciplina antitruste no Brasil. O artifício vem sendo utilizado para negar a existência, entre nós, de práticas ilícitas per se, cuja admissão, principalmente no campo penal, violaria nossa consciência jurídica, já que representaria o reconhecimento da possibilidade de haver responsabilidade penal objetiva. Segundo o professor SHIEBER, perante o direito brasileiro, não haveria práticas ilícitas per se, sendo sempre possível recorrer-se à regra da razão, a fim de justificar determinadas práticas restritivas, por seus bons efeitos econômicos.

Em relação a disciplina antitruste no seio da Comunidade Européia, o transplante puro e simples da regra da razão para o sistema europeu causa mais confusões do que proporciona esclarecimentos, tendo em vista as grandes diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos: o comunitário europeu e o norte-americano. Para ele, o sistema consuetudinário da common law do Direito norte-americano confere ao juiz maior liberdade de ação na interpretação dos textos legais, enquanto, no seio da Comunidade Européia, as autoridades comunitárias estão vinculadas ao texto do Tratado, em maior grau, quando da análise dos dispositivos pertinentes, notadamente o item 3 do seu artigo 85. Em outras palavras, permita-se a interpretação do ensinamento: na common law haveria maior espaço para a criatividade interpretativa, seria decorrência da própria redação da secção primeira do Sherman Act., quando comparada aos itens 1 e 3 do artigo 85 do Tratado.

No que se refere ao Direito brasileiro, o fato de transplantar-se ou não a regra da razão, tal como concebida pelo Direito norte-americano, parece-nos não ter grande relevância, sob o ponto de vista dos efeitos práticos que daí decorreriam. Isso porque, muito embora tenha sido útil o recurso do professor SHIEBER ao instituto, a fim de demonstrar a inexistência do ilícito per se, o mesmo objetivo poderia ser alcançado por outra via, qual seja a análise do que se deve entender por abuso no exercício do poder econômico, já que, entre nós (e sempre foi assim) somente ato abusivo é incriminado. Vale dizer: uma vez afastada a ilicitude per se não precisamos mais da regra da razão.

##### 5. Abuso do Direito e Desvio de Poder

A noção de abuso do direito, como modernamente conhecida, deriva da jurisprudência francesa do século XIX, mas já os romanos reconheciam o caráter não absoluto dos direitos subjetivos. Em nosso Direito Civil, a adoção do conceito de abuso do direito deriva da redação do inciso I do artigo 160 do Código Civil, segundo o qual não constituem atos ilícitos aqueles praticados "no exercício regular de um direito reconhecido". A contrário senso, portanto, nossa lei civil adotou o instituto em análise, já que o exercício irregular de um direito é modalidade de ato ilícito.

Conforme a doutrina, duas teorias diversas buscam explicar o instituto do abuso do direito, quais sejam, a teoria subjetiva e a objetiva. Segundo os adeptos da teoria subjetiva, o abuso do direito se verificaria quando o titular de um direito subjetivo, muito embora o exercendo dentro de seus limites formais, fizesse-o imbuído da intenção de prejudicar terceiros. Aqui, o abuso do direito seria uma modalidade de culpa delitual. Quando ausente essa intenção de prejudicar, o exercício do direito seria regula. Todavia, ainda quando desprovido de tal intenção, o titular de um direito subjetivo seria civilmente responsável quando o exercesse de forma negligente ou imprudente (hipótese em que se configuraria um quase-delito). Já segundo os objetivistas, o relevante seria considerar o caráter anti-social do exercício do direito, não sendo preciso "deter-se no duro e penoso exame dos motivos íntimos que teriam presidido à deliberação do agente".

A responsabilidade decorreria de três espécies diferentes de atos: a) o ato ilegal, praticado sem direito, portanto objetivamente incorreto; b) o ato ilícito, que, embora objetivamente correto, seria subjetivamente incorreto (categoria em que se enquadraria o ato abusivo); c) o ato excessivo, que apesar de não ser ilegal nem ilícito, geraria a responsabilidade do agente por causar dano excessivo ou anormal, onde se enquadrariam os casos de responsabilidade objetiva. A questão da responsabilidade civil não se esgotaria no conceito clássico de culpa. Para que se configurasse o exercício abusivo de um direito, por seu turno, seu titular deveria atuar "dentro dos limites da norma proibitiva, desvirtuando, porém, seus fins econômico-sociais, com ou sem a presença de culpa ou dolo". O ato abusivo diferiria, portanto, do ato cometido sem direito ou do ato contrário ao direito, já que ele, apesar de sua conformidade com

os limites formais do direito subjetivo, contrariaria sua destinação social. O comportamento do titular de um direito subjetivo sempre se enquadra em uma dentre as três hipóteses seguintes: a) ato legal, quando o comportamento do agente conforma-se com a estrutura do direito subjetivo exercido (seus limites lógico-formais) e com o valor normativo que lhe é inerente (limites axiológico-materiais); b) ato ilegal, quando o comportamento desde logo seja contrário à estrutura jurídico-formal do direito subjetivo; c) ato abusivo, quando o comportamento preenche a forma (limites lógico-formais), mas rebela-se contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico (seu sentido axiológico-jurídico). Assim, conclui, o abuso de direito configuraria uma categoria autônoma, diversa do conceito puro e simples de ato ilícito. Os efeitos do ato abusivo, todavia seriam idênticos aos efeitos dos atos ilícitos, pois também eles gerariam a obrigação de reparar o dano causado.

Como se vê, a noção nuclear do conceito de abuso de direito é o exercício de um direito subjetivo contrariamente à sua finalidade social. O direito subjetivo, em sua acepção tradicional (absoluta), dá lugar a um "direito-função, concedido ao cidadão para obter os proventos que lhe são conferidos pela lei, respeitados os interesses da comunhão social". Trata-se, pois, de um desvio de finalidade do direito, que deve ser apreciado do ponto-de-vista social: "caracteriza-se o exercício abusivo de um direito quando este colide com outro que à luz do interesse social, merece maior proteção. Não há necessidade da intenção maliciosa para incluir-se o ato abusivo entre aqueles que geram a responsabilidade, como acontece com o exercício temerário, o emprego do meio mais oneroso, o intuito emulativo, eis que estes são ilícitos. O mesmo ocorre com os atos praticados com culpa, já que esta por si só fundamenta a responsabilidade".

Podemos concluir, pelo que foi exposto até aqui que, segundo a escola objetivista, a teoria do abuso do direito implica abandonar o enfoque tradicional de abordar-se o direito desde uma perspectiva exclusivamente formal e individualista, para perscrutar-se a finalidade ou a destinação que o direito subjetivo possui no ambiente social. O direito subjetivo, assim, deixando de servir a interesses de cunho meramente individualista, é encarado a partir de uma visão de conjunto, que leva em consideração os interesses maiores da coletividade. Esta concepção vai de encontro, como podemos observar, com outra já citada, que vê na liberdade de iniciativa empresária um direito-função, um poder-dever, a fim de afirmar a função social da empresa e, portanto, a função social do poder econômico.

Diferencia-se o desvio de poder do mero excesso de poder porquanto neste a autoridade administrativa, conquanto competente, age com transbordamento de suas atribuições legais. Há aqui, propriamente, violação da lei em seus limites formais, sendo até impróprio afirmar-se que a autoridade, muito embora investida de competência, atua excedendo seus poderes. Isto porque a competência para a prática de um ato somente se verifica quando a lei confere à autoridade poderes para tanto. Havendo extravasamento dos poderes conferidos, portanto, não haverá competência para a prática do ato, mas sim violação do preceito legal que estabelece (ou não) a dita competência. Trata-se, pois, de violação da lei, em seus limites formais.

Já quando ocorre o desvio de poder, ao contrário, os limites formais da lei são observados, subvertendo-se, todavia, os fins por ela colimados. Vale ressaltar que não importa o fato de ser ou não a causa de tal desvio a atuação intencional do agente, isto é, a circunstância de ele atuar ou não conscientemente de má-fé. Com efeito ocorrerá desvio de poder seja quando o agente vise a uma finalidade alheia a qualquer interesse público, seja quando a finalidade visada, muito embora pública, for diversa daquela que seria "própria, específica da competência utilizada". Por essa razão, o desvio de poder não pode ser tido como um mero vício de intenção. Desvio de poder é vício de intenção apenas enquanto se tiver em conta que a intenção do agente não coincide objetivamente com aquela visada pela lei, sem considerações de caráter subjetivo, que tenham em vista os bons ou maus desígnios do agente que pratica o ato. Isto porque, embora muitas vezes a autoridade deseje violar a finalidade legítima do ato, poderá ela

ainda incorrer em desvio de poder caso venha a apartar-se de tal finalidade “por errônea intelecção da finalidade normativa que preside dada competência”, apesar de não ter conscientemente pretendido tal efeito.

Na investigação da ocorrência de desvio de poder, vale ressaltar, entre outros, a razoabilidade da prática do ato, da idoneidade e mesmo da proporcionalidade entre os meios empregados e as finalidades atingidas, de sua discrepância com a conduta habitual da Administração, ou mesmo dos antecedentes pessoais da autoridade e do administrado, que possam revelar a existência de conluio ou de animosidade entre os mesmos.

A análise da existência do desvio, repita-se, deve ser objetiva, tal como ocorre com a noção de abuso de direito. Não é relevante apurar se houve ou não intenção de violar a finalidade pública estabelecida pela lei, mas sim a disparidade objetiva entre tal finalidade e o fim visado pelo agente quando da prática do ato. O instituto do desvio de poder, assim, enseja o controle do exercício da atividade administrativa com vistas à sua vinculação inexorável ao interesse público.

## **6. Abuso do Poder Econômico e Direito Econômico**

Iniciando a conclusão do presente trabalho, serão abordados neste tópico o conceito de abuso do poder econômico e sua inserção no campo de estudo do Direito Econômico.

Não se pretende adentrar o interminável debate do conceito de Direito Econômico, talvez de dimensão maior do que esta. Para os propósitos deste trabalho, basta afirmar-se que se tem por Direito Econômico o estudo das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado na implementação de suas políticas públicas. Direito Econômico é, fundamentalmente, o direito da intervenção do Estado na economia.

A disciplina antitruste representa um ato de intervenção do Estado no domínio econômico. Isto porque o abandono da concepção liberal clássica de que o mercado seria capaz de controlar-se, fez com que o Estado passasse a cuidar da preservação dos mecanismos de mercado, seja através do exercício de competência normativa, seja atuando diretamente sobre as estruturas de mercado, com a finalidade de preservá-las ou aprimorá-las. A disciplina de repressão aos abusos de poder econômico e a tutela da concorrência, não pode haver dúvida, enquadram-se no campo de estudo do Direito Econômico.

Enganam-se aqueles que consideram a matéria como integrante do Direito Penal, ou do Direito Penal Econômico, já que o fato de algumas vezes serem imputadas penas restritivas de liberdade aos autores do abuso de poder econômico não significa que a disciplina antitruste seja matéria de Direito Penal, apesar de, inegavelmente, possuir implicações de caráter penal. A tipificação de crimes de colarinho branco não torna a disciplina dos mercados financeiros matéria de Direito Penal, muito embora configure uma implicação penal de violação da ordem ditada pelo Direito Econômico. A pena prevista para o depositário infiel e para o alimentante que descumpre o dever de prestar alimentos pode ser a de prisão. Nem por isso vai-se propor, em razão da natureza da sanção prevista para aquelas infrações, a localização daqueles institutos no âmbito do Direito Penal.

## V. Conclusão

Desde fins da década de 80, desenvolve-se no Brasil um processo de transformação das instituições econômicas e redefinição das normas e das práticas que regulam a participação dos agentes econômicos nas atividades produtivas do país. A abertura comercial, a privatização de empresas estatais, a desregulamentação das atividades econômicas e a reformulação do papel do estado são questões que estão na ordem do dia.

Assim, o Direito da Concorrência vem apresentando sensível evolução tornando-se cada vez mais presente nas deliberações empresariais. Condutas comerciais antes corriqueiras agora demandam análise técnica aprofundada objetivando evitar aspectos anticompetitivos. Fusões, incorporações, agrupamentos econômicos cada vez mais constantes em um mundo globalizado, exigem cuidados especiais submetendo-se a complexos procedimentos em que se exige ganhos de eficiência em favor dos consumidores.

A legislação de defesa da concorrência é um fenômeno universal que não pode ser ignorado, notadamente diante da formação de blocos econômicos, como o Mercosul, cujos tratados ou convenções constitutivos levam à sua aplicação supranacional ou extraterritorial.

A definição de uma moderna legislação de defesa da concorrência e a formulação de um modelo institucional adequado para a sua implementação se inscreve nessa tentativa de estruturar a economia brasileira sobre novas bases.

A despeito da fúria legal que tem presidido a ação governamental em matéria de política antitruste ao longo dos últimos cinco anos, tanto a legislação como o arcabouço institucional da política brasileira de defesa da concorrência deixa a desejar. A superposição de instrumentos legais e a exiguidade dos recursos materiais e institucionais mobilizados para a sua implementação são, sem dúvida preocupantes. Não menos grave, são as motivações de caráter eminentemente conjuntural e o viés imediatista que, com exasperante frequência, parece orientar a política oficial nessa área. Ao invés de enfatizar a vertente estrutural e comportamental da política de defesa da concorrência a ação governamental tende a se concentrar no combate ao aumento abusivo de preços. Em contextos de inflação alta e variável essa ênfase afigura-se ainda mais problemática.

No curto prazo a adoção de uma genuína política de defesa da concorrência deverá enfrentar, no Brasil, as mesmas dificuldades que presidiram a introdução da política de liberalização do comércio exterior a poucos anos.

A opção pela constituição de uma agência autônoma responsável pela administração, aplicação e implementação da política antitruste conta com o apoio quase unânime dos críticos do atual arcabouço institucional.

## VI. Bibliografia

- ADAMS, George Plimpton, "*Competitive Economic Systems*  
New York, T.Y. Crowell co.
- AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis, "*Antitrust Analysis - Problems, Texts and Cases*", 4<sup>o</sup> ed, Boston, Little, Brown and co., 1988
- BAEL, Ivo Van e BELLIS, Jean-François, "*Competition Law of the EEC*"  
Oxfordshire, CCH, 1990
- BEST, Michael, "*The New Competition - Institutions of Industrial Reestructuring*"  
Harvard University Press, 1990
- BREWSTER JR., Kingman, "*Antitrust and American Business Abroad*"  
New York, Mc Graw
- CARVALHO, Nuno T. P., "*As Concentrações de Empresas no direito Antitruste*"  
São Paulo, Resenha Tributária, 1995
- CLARK, John Maurice, "*A Concorrência Como Processo Dinâmico*"  
Rio de Janeiro, Forense
- COMPARATO, Fábio Konder, "*Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*"  
Rio de Janeiro, Forense, 1978
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, "*Lei de Defesa da Concorrência - Origem histórica e Base Constitucional*"  
Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA
- FOX, Eleanor M. e SULLIVAN, Lawrence A., "*Cases and Materials on Antitrust*"  
St. Paul west Publishing co., 1989
- FRANSCSCHINI, José Inácio Gonzaga, "*Introdução ao Direito da Concorrência*"  
Malheiros Editores, 1996
- FUKUDA, Yocito, "*Concorrência Monopolística*"  
São Paulo, S.C.P.
- GRAU, Eros Roberto, "*A Ordem Econômica na Constituição de 1988( Interpretação e Crítica)*", 2<sup>o</sup>ed.
- HOVENKAMP, Herbert, "*Economics and Federal Antitrust Laws*"  
St. Paul, West Publishing, 1985
- HOVENKAMP, Herbert, "*Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice*" ,1994
- KAYSEN, Carl, "*Antitrust Policy*", Cambridge, Harvard University Press
- SAMUELSON, Paul A., "*Introdução à Análise Econômica*", 5<sup>o</sup> ed.
- LOWE, A. V., "*Blocking Extraterritorial Jurisdiction : the British Protection of Trading Interests Act*", 1980

The American Journal of International Law, 1991

NUSDEO, Fábio, "Fundamentos para uma Codificação em Direito Econômico",

2° ed

SEMMLER, Willi, " *Competition, Monoploly and Differential Profit Rates*"

New York, Columbia University, 1994

SHIEBER, Benjamin M., " *Abusos do Poder Econômico - Direito e Experiência Antitruste no Brasil e EUA*", São Paulo, RT 1966

WARREN, Russel G., " *Antitrust in Theore and Practice*"

Columbus, Ohio, Grid, 197

ZACLIS, Antônio C. S. Filho Lionel, " *Comentários à Legislação Antitruste*"

Editora Atlas, 1992