



UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

Wasley Peixoto Marques

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: UMA
INVESTIGAÇÃO DIALÉTICA SOBRE OS FUNDAMENTOS DO
ANTITRUSTE**

Marabá – Pará
2019

WASLEY PEIXOTO MARQUES

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: UMA
INVESTIGAÇÃO DIALÉTICA SOBRE OS FUNDAMENTOS DO
ANTITRUSTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA, como requisito avaliativo da disciplina de Monografia I, sob a orientação do Professor Mestre Hirohito Diego Athayde Arakawa.

Marabá – Pará
2019

WASLEY PEIXOTO MARQUES

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: UMA
INVESTIGAÇÃO DIALÉTICA SOBRE OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA, como requisito avaliativo da disciplina de Monografia I.

Orientador: Prof. Me. Hirohito Diego Athayde Arakawa.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Hirohito Diego Athayde Arakawa

Professora: Profa. Dra. Micheli Pereira de Melo

Marabá, ____ de outubro de 2019

A Deus, por sua infinita sabedoria, misericórdia e amor.

A minha mãe, meu maior exemplo e inspiração de resiliência, aguerrimento e carinho.

AGRADECIMENTOS

Por este trabalho simbolizar o fechamento de um ciclo acadêmico, em primeiro lugar agradeço a Deus por mais esta benção e a todas àquelas obtidas no decorrer do caminho, assim como pelas condições de saúde, amadurecimento e oportunidade de vida que me permitem ser o concretizador dos meus sonhos.

Minha eterna gratidão à minha mãe, Sirlene Alves Peixoto, por seu amor incondicional, capaz de superar todos os obstáculos para me proporcionar tudo que estava ao seu alcance, sempre me incentivar e acreditar irredutivelmente no meu potencial.

Agradeço ao meu melhor amigo e primo, fonte de inspiração acadêmica, Msc. Druval de Sá, cujos diálogos sob um tabuleiro de xadrez foram fundamentais para recompor-me a cada novo passo desta jornada, além de me conceder a felicidade de ser padrinho.

Meus agradecimentos ao Paulo de Souza e demais familiares pelo investimento realizado na minha formação acadêmica, sempre colaborando com a excelência do meu aprendizado.

A minha imensa gratidão ao meu nobre orientador, Prof. Msc. Hirohito Athayde Diego Arakawa, por aceitar o desafio de embarcar nesta jornada intelectual que resultou na produção desta monografia, além da inspiração profissional enquanto docente e pessoa.

À Karina Juvenal, pelo grandioso companheirismo e empatia presente no decorrer da graduação em Direito, sou muito grato.

À Ruby, por instigar em mim o pensamento dialético por meio da contraposição de nossas ideias, além da belíssima amizade iniciada a partir de uma situação desagradável.

Agradeço ao carinho e vivências incríveis compartilhadas com meus amigos Arthur Klinsman e Marcelo Klinsman, além do afeto da Dona Penha.

Aos amigos adquiridos na turma de direito 2015, pelos mais diversos momentos, em especial à Letícia Barreto, a Liselle Vaz, ao Manoel Ítalo, ao Cláudio Brito, ao Jonas Bezerras, à Gabriela Dias, ao Lewy Mota e ao Delfino Gomes.

Agradeço também as discussões e aprendizados com os amigos que me foram apresentados pela faculdade de direito, os caros Davvy Lima e Thiago Calandrini.

Sou grato pelos profissionais que foram valiosas fontes de aprendizado prático e de relações humanas no decorrer da graduação, como a Promotora Mayanna Queiroz e a assessora Jaqueline Andrade, por meio das quais obtive ensinamentos e oportunidades ímpares diante do Ministério Público do Estado do Pará. Assim como gratulo ao Thiago Calandrini e à Raquel Lima pelo conhecimento compartilhado no presente estágio na Subseção Judiciária de Marabá.

Do mais, Gratidão as amizades que permanecem desde o vestibular, por isso meus agradecimentos à July Carvalho, Jéssica Souza, Bruna Vieira, Geyssi Oliveira, Karol Souza, Maykelle Silva e Andrey Reis. Assim como à Luana Duarte e ao Lucas Moreira, presentes desde o ensino médio.

A todos aqueles que colaboraram para minha formação, seja por um conselho oportuno ou correção, seja por meio de uma palavra de incentivo ou por qualquer ato de empatia e atenção, meu muitíssimo obrigado. Todos fazem parte dessa trajetória.

“Qualquer alternativa de controlar os preços ou as quantidades desta ou daquela mercadoria impede que a concorrência promova uma efetiva coordenação dos esforços individuais, porque as alterações de preço deixarão assim de registrar todas as alterações importantes das condições de mercado e não mais fornecerão ao indivíduo a informação confiável pela qual possa orientar suas ações. ”

(Friedrich Hayek, em o caminho da servidão.)

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a intervenção do estado no domínio econômico, analisando a legislação antitruste sob uma perspectiva dialética, de modo a apresentar os fundamentos favoráveis e contrários as normativas concorrenciais. Dessa forma, por meio do processo de contraposição de argumentos, busca-se obter uma síntese que revele as condições gerais da temática, apresentando os instrumentos utilizados pelo Estado para intervir na economia, de modo que se possa analisar as acepções e conceitos teóricos dados ao Direito Antitruste, sua origem histórica e sua aplicação na sociedade. Para tanto, apresenta-se o contexto histórico para o nascimento da principal normativa concorrencial dos Estados Unidos, posteriormente apontando a atuação antitruste na Europa e, por fim, no Brasil, expondo a previsão constitucional em cada momento da república. Adiante, demonstram-se os pressupostos em favor da legislação antitruste, levantando temáticas como os malefícios dos monopólios e dos carteis, assim como os prejuízos decorrentes de mercados concentrados, além dos procedimentos para combater essas práticas. Por derradeiro, explana-se sobre as relações concorrenciais a partir de outra perspectiva, demonstrando-se os argumentos contrários, apontando prejuízos ao mercado e por consequência ao próprio consumidor. Em suma, o trabalho demonstra a relevância de maiores estudos na área de direito concorrencial, exigindo-se atuações multidisciplinares, além de análises das consequências intervencionistas a médio longo prazo.

Palavras-chave: Direito concorrencial; Intervenção Estatal; Antitruste, Concorrência.

ABSTRACT

This paper deals with state intervention in the economic domain, analyzing antitrust legislation from a dialectical perspective, in order to present the favorable and contrary grounds of competition rules. Thus, through the process of counterposition of arguments, we seek to obtain a synthesis that reveals the general conditions of the theme, presenting the instruments used by the state to intervene in the economy, so that we can analyze the meanings and theoretical concepts given to Antitrust law, its historical origin and its application in society. To this end, the historical context is presented for the birth of the main United States competition rules, later pointing to antitrust action in Europe and, finally, in Brazil, exposing the constitutional provision at each moment of the republic. Ahead, the assumptions in favor of antitrust legislation are demonstrated, raising issues such as the harms of monopolies and cartels, as well as the losses arising from concentrated markets, as well as the procedures to combat these practices. Finally, we explain about competitive relations from another perspective, demonstrating the opposite arguments, pointing out losses to the market and consequently to the consumer himself. In short, the work demonstrates the relevance of further studies in the area of competition law, requiring multidisciplinary actions, as well as analysis of interventionist consequences in the medium to long term.

Key words: Competition law; State intervention; Antitrust.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|----|
| Figura 1 - Representação de acordos entre agentes econômicos | 43 |
|--|----|

LISTA DE ABREVIACÕES

| | |
|-------------|--|
| ANAC | Agência Nacional de Aviação Civil |
| ANCINE | Agência Nacional de Cinema |
| CADE | Conselho Administrativo de Defesa Econômica |
| CFCs | Centros de Formação de Condutores |
| CIP | Conselho Interministerial de Preços |
| DENATRAN | Departamento Nacional de Trânsito |
| <i>ICN</i> | <i>International Competition Network</i> |
| OCDE | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico |
| SEAE | Secretaria de Acompanhamento Económico |
| SEPRAC | Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência |
| SINPETRO-DF | Sindicato do Comércio varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO | |
| ANTITRUSTE | 17 |
| 2.1. Formação da Política Antitruste nos Estados Unidos | 17 |
| 2.2. Formação da Política Antitruste na Europa | 21 |
| 2.3. Formação da Política Antitruste no Brasil | 23 |
| 2.3.1. Constituição Federal de 1934 | 23 |
| 2.3.2. Constituição Federal de 1937 | 24 |
| 2.3.3. Constituição Federal de 1946 | 25 |
| 2.3.4. Constituição Federal de 1967 | 25 |
| 2.3.5. Constituição Federal de 1988 | 26 |
| 3 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE | 28 |
| 3.1. O convencional conceito de concorrência | 28 |
| 3.2. Concentrações entre agentes econômicos | 29 |
| 3.2.1. Tipos de concentrações | 30 |
| 3.2.2. Atuação do CADE diante das concentrações econômicas | 32 |
| 3.2.3. Nível de Concentração e Monopólios | 33 |
| 3.3. Domínio de Mercado e seus prejuízos ao consumidor | 35 |
| 3.3.1. O Poder Econômico e seu abuso | 36 |
| 3.3.2. Poder de Mercado | 38 |
| 3.3.3. Posição dominante | 38 |
| 3.4. Acordos entre empresas e suas agressões a concorrência | 42 |
| 3.4.1. Os malefícios dos cartéis | 43 |
| 3.4.2. As lesões a concorrência decorrentes dos acordos entre fornecedores e distribuidores | 45 |
| 3.5. Concorrência como instrumento de Política Pública | 47 |
| 4 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE | 50 |

| | |
|--|-----------|
| 4.1. O conceito de concorrência sob outra ótica | 50 |
| 4.2. A diferença entre alta concentração e monopólio | 52 |
| 4.2.1. O fomento estatal aos monopólios | 55 |
| 4.3. A legitimidade dos cartéis voluntários | 57 |
| 4.4. A efetiva liberdade de iniciativa e livre concorrência | 60 |
| 4.4.1. Advocacia da concorrência..... | 62 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 65 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 69 |

INTRODUÇÃO

A discussão sobre o tema intervenção estatal, principalmente no que concerne ao Direito Antitruste, requer a imersão em um ambiente político, econômico e principalmente jurídico, cuja as relações exercem consequências no cotidiano da sociedade, de modo muitas vezes imperceptível. Diante disso, a fim de introduzir a temática, torna-se conveniente realizar um breve exercício intelectual referente aos ambientes concorrenciais.

Portanto, imagine uma loja de brinquedos e artigos infantis situada em uma região comercial de determinado centro urbano, cuja atividade exige a relação com diversos distribuidores, a fim de manter o estoque em dia. Esses distribuidores realizam relações comerciais com diferentes fábricas de brinquedos, realizando o transporte e a distribuição, trabalhando aspectos logísticos e de gestão com intuito de minimizar custos e ampliar os recursos angariados. Do mais, as indústrias produtoras de brinquedos devem gerenciar os fatores e as fase de produção, isto é, manusear a matéria prima, o retorno obtido com o capital investido, a tecnologia adotada e a mão de obra contratada.

Desse ciclo produtivo deve-se observar a concatenação de atos complexos, sincronizados com o elementar princípio econômico da oferta e da demanda. Ou seja, a véspera de uma data comemorativa, a exemplo do dia das crianças, é natural que a procura por brinquedos seja elevada, o que por sua vez demandará uma maior atenção das lojas em atender as necessidades dos seus clientes. Por consequência, os distribuidores deverão operar com maior eficiência, além das fábricas terem que ampliar a sua produção.

Nesse cenário, percebe-se que toda a cadeia produtiva está interligada, com o claro objetivo dos agentes econômicos de obterem o lucro. Desse modo, a margem de retorno, isto é, a rentabilidade do negócio, estará na distinção dos preços de cada empreendedor, que tentarão ao máximo reduzir os custos e ampliar seus faturamentos, uma vez que o preço é estipulado pelo consumidor. Assim sendo, é justamente a partir do processo competitivo de atrair clientes, investir em marketing e publicidade, entre outros meios, que a concorrência se revela enquanto importante instituto, fundamental para economia.

Posto isso, o Estado direcionará sua atuação à formação de um ambiente concorrencial sadio e sustentável, implantando políticas econômicas que objetivam fomentar a produção e o comércio. O melhor exemplo disso está no controle estatal da inflação, a fim de aumentar o poder aquisitivo dos cidadãos, por consequência ampliando o consumo de serviços e produtos. Isso também reflete na taxa de juros cobrados pelos bancos, uma vez que estando o mercado aquecido a probabilidade de inadimplemento é reduzida, conseqüente os juros são menores.

Em síntese, o que se busca no mercado é segurança jurídica, seja entre os comerciantes e os clientes, seja entre fornecedores e distribuidores, pois, as relações particulares são promovidas sob a satisfação de mútuos interesses. Além disso, essa segurança é relevante para efetividade da concorrência, vista como motor do desenvolvimento socioeconômico de qualquer comunidade.

Feita essa breve contextualização, deve-se apontar como problema do trabalho o levantamento dos fundamentos favoráveis e contrários à legislação concorrencial, avaliando suas características e implicações socioeconômicas. Destarte, far-se-á a apresentação dos fundamentos do direito antitruste sob um prisma dialético visando proporcionar no leitor uma inquietude e levantar o questionamento sob o contexto político econômico do país, principalmente no que tange à intervenção do Estado no domínio econômico, indagando se há a necessidade de maior intervenção, se a legislação em vigor supre com as demandas de bem-estar social e econômicas ou se o excesso de proteção inviabiliza as trocas econômicas naturais entre os indivíduos.

Desta forma, este trabalho tem a finalidade de compreender os instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico, de modo que se possa investigar as acepções e conceitos teóricos dados ao Direito Antitruste, sua origem histórica e sua aplicação na sociedade. Para tanto a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica em livros, artigos acadêmicos, websites, além dos lampejos intelectuais em meio a conferências econômicas e jurídicas.

Dessa maneira, a monografia encontra-se dividida em três tópicos principais, sendo, *a priori*, realizada uma descrição histórica que possibilitará a compreensão dos elementos que desenvolveram a política antitruste nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil, conseqüentemente materializado na intervenção do Estado através da Ordem Econômica prevista na Constituição Federal de 1988. Esse primeiro capítulo demonstrará a evolução legislativa do direito concorrência, assim como os principais aspectos de cada normativa, enfatizando-se a análise dos dispositivos legais vigentes.

Já o segundo capítulo do desenvolvimento traz consigo os fundamentos favoráveis a legislação antitruste, defendendo a intervenção estatal no domínio econômico por meio de políticas públicas concorrenciais. Assim, demonstra-se como práticas anticoncorrenciais como o monopólio, carteis e o excessivo domínio de mercado prejudicam os consumidores, além de apresentar o modo como essas atividades são combatidas.

Por fim, no terceiro e último capítulo, trocam-se as lentes e aborda-se a política concorrencial sob a ótica dos fundamentos contrários a legislação antitruste, defendendo-se uma menor participação do Estado nos ambientes mercantis. Desse modo, destaca-se a distinção conceitual de concorrência adotada pelos liberais clássicos, utilizando-a como principal arcabouço para construir os argumentos de crítica ao direito concorrencial.

2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

2.1. Formação da Política Antitruste nos Estados Unidos

O proêmio caráter deste capítulo propõe-se a introduzir o leitor no ambiente e nas condições propiciadoras ao nascimento do antitruste, dessa forma, inicia-se a construção de um cenário revestido por aspectos jurídicos, políticos e econômicos, fundamentais ao nascimento da legislação que inspiraria a adoção das políticas concorrenciais.

Posto isso, a respeito da formação das normas concorrenciais, em termos cronológicos, deve-se fazer breve menção ao pioneirismo do Canadá, através do seu ato para a prevenção das combinações formadas em restrição ao comércio. Destarte, o instrumento legislativo vigorava como meio de combate aos cartéis, tendo evoluído para atualmente focar suas atuações nas chamadas atividades de cartéis *hard-core*, compreendido como aqueles já institucionalizados e de âmbito internacional.

Por outro lado, já nos Estados Unidos, o enfoque do direito de concorrência, a priori, estava nos monopólios que surgem a partir do século XIX, estimulando a criação do *Sherman Act*, em 1890. Sobre a normativa, parte da bibliografia histórica destaca que não se trata de uma reação ao liberalismo econômico, mas sim uma forma de calibragem, ou seja, corrigir falhas do mercado.

A respeito desse período, algumas considerações são convenientes, entre elas, a de autores com entendimento minoritário quanto ao surgimento de uma política antitruste. Estas, para eles, na verdade, têm raízes protecionistas muito claras: sua origem e seu desenvolvimento não guardam nenhuma relação com a defesa da economia de livre mercado genuíno — livre concorrência, livre iniciativa, propriedade privada e soberania do consumidor —, mas com a defesa de grupos empresariais bem relacionados, os quais estavam perdendo espaço para empresas mais eficientes e inovadoras.

Sendo assim, a fim de melhor entender o contexto histórico responsável pela fertilidade de normas de direito concorrencial, faz-se necessário viajar pelos principais acontecimentos geopolíticos do seu berço por excelência, qual seja, os Estados Unidos da América. Nesse plano, essa trajetória histórica inicia-se no século XIX, mais precisamente sob um contexto expansionista e, na mesma proporção, uma divisão sacramentada pela denominada Guerra de Secessão.

Os protagonistas da guerra civil ocorrido nos Estado Unidos entre os anos de 1861 a 1865 são, em síntese, a região sul, com a finalidade de aumentar seu império de algodão e da

escravidão, e a região Norte, cujo objetivo era a expansão das chamadas terras livres (KARNAL, 2007). Não se apresentando de forma absolutamente antagônicas, as regiões defendiam os interesses que melhor condiziam com as suas próprias características, isto é, o Sul era essencialmente agrícola, o que conseqüentemente direcionava os investimentos as produções rurais e dependência da mão de obra escrava. Por outro lado, o Norte havia “avançado em termos industriais, tinha uma classe média nascente e uma indústria de importância crescente” (KARNAL, 2007, p. 153).

Prosseguindo, por meio de uma investigação mais profunda, nota-se que a Guerra de Secessão e a expansão para o Oeste foram elementos fundamentais para o efetivo desenvolvimento do Estado americano, principalmente porque as entrelinhas daquela divisão demonstram a luta por interesses políticos. De forma clara, o historiador Eric Hobsbawm aduz que “em termos puramente econômicos, o Norte não estava muito preocupado com o Sul, uma região agrária praticamente não envolvida em industrialização. Tempo, população, recursos e produção estavam do lado do Norte. As principais disputas eram políticas” (HOBSBAWM, 2002, p. 147).

Ciente disso, o Sul investia esforços na força política, a fim de ressaltar a autonomia dos estados em contraposição ao governo nacional. Contudo, a acelerada expansão para o Oeste era desfavorável aos sulistas conservadores, haja vista o ritmo progressista e manifesta influência da indústria em ascensão no Norte. Em outras palavras, Eric Hobsbawm (2002) esclarece que a crise ocorrida no Sul na década de 1850 foi um problema específico: a dificuldade de coexistência com um capitalismo dinâmico no Norte e um dilúvio de migração para o Oeste.

Dessa forma, ultrapassados os cinco anos de guerra, a região norte sagrou-se vitorioso, o que conseqüentemente promoveu definitivamente a expansão do capitalismo moderno, bem como o fim da escravidão. Para além, o principal ponto a ser destacado, no que concerne ao antitruste, é a consolidação do capitalismo por meio de iniciativas privadas, pois

embora a indústria norte-americana fosse anterior à Guerra Civil, foi durante o conflito, com maciço apoio governamental, que ela alcançou patamares de produção que se mantiveram entre os mais altos do mundo durante o resto do século XIX. Nas décadas posteriores à guerra, famílias dos chamados “senhores da Criação”, como os Carnegie, os Duke, os Hill, os Morgan, os Rockefeller, os Swift, os Vanderbilt etc., acumularam espantosas riquezas e poder, criando, a partir de 1860, a chamada “era da iniciativa privada”. (KARNAL, 2007, p. 176) (Grifou-se).

Ou seja, por mais contraditório que pareça, as peculiaridades da Guerra de Secessão influenciaram acontecimentos políticos e econômicos que contribuíram para a progressão da condição industrial do país. Isso pois, com o advento dos capitalistas do Norte, ampliou-se o espaço para investimento nos setores que emergiam, isto é, notou-se campo fértil para implantar

ferrovias, favorecendo a indústria e suas necessidades logísticas. Do mais, visando a melhora do mercado, estabeleceu-se um banco central responsável por auxiliar e atuar junto aos bancos estaduais, conseqüentemente facilitando o crédito, investimento e desenvolvimento (SILVA, 2014).

Sob essa ótica, é pertinente mencionar que as estradas de ferro foram elementos essenciais para a colonização da região Oeste dos Estados Unidos, visto que potencializava o transporte de matéria-prima para as indústrias, o que gerou aumentos de cunho exponenciais ao mercado americano. Nesse contexto, Fici (2017, p. 10) aponta que “a implantação das ferrovias nos Estados Unidos acelerou a consolidação da expansão territorial para regiões pouco habitadas, onde o Estado almejava maior controle e presença política.”.

Do mais, rapidamente emergiu as primeiras grandes companhias ferroviárias do país, surgindo também as linhas ferroviárias denominadas de transcontinentais, cujo papel era interligar as costas atlântica e pacífica dos Estados Unidos. Contudo, em meio a essa conjuntura, a existência de grandes corporações para operar investimentos tão voluptuosos propiciou a formação de empresas monopolistas (WHITE apud DRUMMOND, 2013, p.180). Tal acontecimento será relevante para posterior desenvolvimento da legislação antitruste, como será visto mais adiante.

Para além, não é demasiado ressaltar que as ferrovias nos Estados Unidos promoveram a valorização de terras próximas as suas instalações, estimulou a produção industrial e agropecuária, bem como facilitou a presença do Estado em regiões inóspitas e com vazio populacional. Desse modo, o governo incentivava o desenvolvimento do setor ferroviário, investindo nos próprios particulares, o que conseqüentemente fomentava a participação de mais empresas nesse empreendimento (FICI, 2017).

Nesse âmbito, cabe destacar características relevantes apontadas por Drummond (2013, p.180), a fim de melhor compreender o contexto da época, quais sejam:

as grandes ferrovias foram (i) economicamente desnecessárias, ou pelo menos precoces; (ii) caras em termos de finanças públicas e privadas (dos EUA e da Europa); (iii) mal geridas; (iv) cronicamente falimentares e desencadeadoras de pelo menos duas grandes crises econômicas de alcance nacional; (v) politicamente protegidas nos níveis nacional, estadual e local; (vi) indutoras de grandes desperdícios ambientais e de recursos naturais. Uma questão adicional, a sétima, é a do movimento sindical e grevista dos ferroviários empregados pelas transcontinentais.

De modo geral, por mais que os pioneiros das grandes iniciativas privadas promovessem a bandeira da livre-iniciativa, do individualismo e do liberalismo, a verdade é que as suas ferrovias foram financiadas por dinheiro público e protegidas por políticos de diversas classes.

Outrossim, Richard White (2011) menciona que os ditos “barões” disputavam a compra de legisladores, governadores e órgãos reguladores, a fim de obter maiores vantagens em seus empreendimentos. Assim sendo, “as empresas viravam estados dentro dos estados propriamente ditos. Junto com esse status vinha, evidentemente, a capacidade de influir na política e no desenvolvimento locais.” (WHITE apud DRUMMOND, 2013, p. 181).

Não sendo o bastante, as ditas práticas corruptivas também perpassavam por violação de contratos e leis, promoviam arranjos comerciais entre si ao mesmo passo que praticavam concorrência destrutivas, bem como combatiam os sindicatos e contratavam trabalhadores ilegais (WHITE apud DRUMMOND, 2013, p. 181). Esse cenário é fundamental para a compreensão das crises econômicas ocorridas nos Estados Unidos em 1873 e 1893, estritamente influenciadas pelo próprio colapso das grandes ferrovias, muito decorrente da ingerência dos barões, pelos quais circulavam voluptuosos valores, além da sua própria ineficiência e excessivos gastos com as transcontinentais. Sob essa ambientação, vale citar que

mais de um quarto do capital e dos ativos das grandes companhias ferroviárias caiu nas mãos de administradores de massas falidas nomeados pela justiça. Mas, pessoalmente, os barões e seus associados mais próximos (insiders) sempre saíam das crises com o seu próprio dinheiro em caixa, deixando os prejuízos para comunidades e governos locais, governos estaduais, bancos, investidores individuais ou corporativos, inclusive alguns gigantes financeiros da costa leste. Essas graves crises abalaram seriamente e deixaram cicatrizes profundas na emergente economia norte-americana, tanto a oeste como a leste. (WHITE apud DRUMMOND, 2013, p. 181).

É nesse cenário que se vislumbra o início da mudança de uma concepção, isto é, entendeu-se que o Estado deveria intervir nas relações econômicas entre os particulares, haja vista a relevância de determinados setores para o desenvolvimento da coletividade. Destarte, “tornou-se necessário destacar determinadas áreas de exploração econômica privada imbuídas, por sua própria natureza, de um relevante grau de interesse coletivo.” (TÁCITO, 1972, p. 71). A materialização desse novo pensamento decorre das decisões judiciais proferidas pela Suprema Corte Americana no decorrer de 1870, ao sobrepor o interesse público em detrimento do privado, veja:

Na década de 1870, a Corte Suprema dos Estados Unidos, decidindo litígios entre agricultores e empresas ferroviárias - conhecidos como os Granger cases - e ainda entre os moageiros e produtores de trigo - caso *Munn v. Illinois* -, reconheceu o poder de regulação dos Estados sobre tais negócios que se revestiam de um especial interesse público (business affected with a public interest). (TÁCITO, 1972, p. 71).

Nesse contexto, o reflexo basilar dessa alteração de perspectiva está na ampliação do poder de polícia dos Estados, inerente as estradas de ferro e moinhos, que foi materializado por

meio da Lei do Comércio Interestadual, de 1887 (*Interstate Commerce Act*), promovendo a Comissão Administrativa do Governo Federal. Essa legislação, em meio aos monopólios que despontavam após a crise, visava atuar contra as concentrações monopolísticas de diversas áreas industriais e regular o excesso de poder econômico. (TÁCITO, 1972).

Assim sendo, segundo Caio Tácito (1972), foram essas disposições do final do século XIX que favoreceram a gênese do *Sherman Act*, promulgada em 1890, em meio ao contexto de trustes e cartelização das indústrias. Por outro lado, não havia legislação que tratasse do monopólio inteiramente privado e de modo geral, ou seja, em todo país, uma vez que as proteções existentes estavam pautadas na contenção da soberania do estado.

Do mais, Hovenkamp (2005) aponta que o senso de revolta da população contra os grandes monopólios pode ter contribuído para a estruturação de normas antitruste. Porquanto, Peritz (1996, p. 9 apud ROMANIELO, 2013, p. 15), “afirma que o próprio Senador Sherman estava preocupado com a proliferação do socialismo, comunismo e niilismo em razão de um crescente sentimento de desprezo, por parte da população americana, contra os trustes (cujo maior símbolo foi o *Standard Oil*).”.

Portanto, compreendido o contexto histórico, pode-se afirmar que “com a aprovação do *Interstate Commerce Act*, em 1887, e do *Sherman Antitrust Act*, em 1890, iniciou-se, de forma efetiva, a intervenção do Estado nas atividades anti-sociais e monopolistas de muitos industriais.” (BORENSTEIN, 1999, p. 48).

2.2. Formação da Política Antitruste na Europa

Compreendido como principal nascedouro da legislação antitruste, o Estados Unidos influenciou outras nações a desenvolverem uma política de atuação nessa seara. Com efeito, países da América Latina e da Europa, em fase de industrialização, passaram a intervir na atuação do capital principalmente com o objetivo de retrain a concentração de poder econômico. Nesse ínterim, vale ressaltar, que quanto a reprodução dos procedimentos antitruste norte-americano, “ a leitura feita pelos países da Europa Ocidental foi uma versão adaptada à sua experiência e às especificidades do capitalismo europeu.” (SALGADO, 1992, p.1).

No que concerne a formação de normas concorrenciais na Europa, sob uma ótica histórica, deve-se destacar o contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, em que os países Aliados sagraram-se vencedores. Nessa conjuntura, os Norte-Americanos espraíam a sua hegemonia pelo ocidente por meio de normativas inspiradas no *Sherman* e *Clayton Act*.

Contudo, o modo de implementação da política antitruste foi concretizado ao modo Europeu, isto é, o pós-guerra abriu margem para que o Estado fosse protagonista na condução da economia através de acordos e cooperações com empresas, o que fomentou a produção na “era de ouro do capitalismo”. Dessa forma, teve-se uma participação do Estado como condutor do desenvolvimento - e da reconstrução - assim como a presença de arranjos corporativos que visavam elevar o grau de solidariedade entre os grupos na sociedade e reduzir a rivalidade no interior da fração empresarial, (SALGADO, 1992).

Ademais, o próprio Tratado de Roma, em 1957, além de instituir a Comunidade Econômica Europeia, visava integrar a economia dos seus estados-membros, ressaltado o princípio da livre concorrência, estipulando a vedação de cartéis e acordos entre concorrentes (GABAN e DOMINGUES, 2009). Essas medidas visam o crescimento econômico sustentável e uma maneira de fazer frente ao crescimento dos Estados Unidos, ou seja, significa dizer que a concorrência passa a exercer papel central no processo de integração e como mecanismo natural de limitação do poder econômico-empresarial, sendo a competição eleita como instrumento crucial para o avanço da União Europeia

Diante desse convívio disciplinado entre grandes blocos de capital, grupos de pressão e Estados comandando estratégias nacionais de desenvolvimento, as políticas antitruste tinham a finalidade de evitar que o poder de mercado de uma empresa ou grupo de empresas fosse utilizado em detrimento do bem-estar da sociedade e eficiência econômica (SALGADO, 1992). Nesses moldes, a presença de um poder de mercado não era de plano compreendido como algo reprimível, uma vez que o enfoque estava no combate a concorrência desleal, pois a proposta era fomentar a economia.

De modo geral, a diferença entre a perspectiva política de antitruste norte-americana para a adotada na Europa está na presença de grandes blocos de capital, como se verifica na Alemanha. Neste país, mesmo com as exigências dos Estados Unidos de implantação de um capitalismo pautado na iniciativa privada, livre de entraves artificiais e na concorrência, que era inviável aos cartéis e conglomerados da indústria alemã, foi transformada numa leitura original da política de concorrência, multiplicado pelos demais países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE).

Nesses termos, a sistemática alemã consistia em impedir que empresas com posição dominante no mercado abusassem dessa vantagem, isto é, trouxessem ônus ao mercado e impedissem o bem-estar de concorrentes, fornecedores e clientes. Assim sendo, a atuação das agências de antitruste perpassavam pela esfera administrativa e penal, a fim de evitar cartéis e fusões ilícitas, com a finalidade de trazer mais benefícios ao consumidor (SALGADO, 1992).

2.3. Formação da Política Antitruste no Brasil

O ponto de partida para a análise do desenvolvimento da legislação antitruste no Brasil será o século XX, tendo em vista o início da república e as modificações geoeconômicas características desse período. Dessa maneira, cabe salientar que o país iniciava o seu processo de industrialização, além do fato de ter sua economia consubstanciada na exploração do café¹.

Para além, a própria década de 1930 é um marco na história do Brasil, principalmente pelo início da chamada Era Vargas, a qual o Estado passa a ser mais intervencionista em setores da sociedade, bem como na economia. Destarte, como explica Pandolfi (2003, p.3), “as medidas adotadas no imediato pós 30 foram centralizadoras e intervencionistas. O governo desejava exercer um controle maior sobre a produção e comercialização dos principais produtos agrícolas.”.

Em meio a essa conjuntura, pode-se afirmar que “as Constituições dos anos 1930 elevam a economia popular à categoria de objeto a ser fomentado por uma legislação específica, com amparo constitucional. ” (CABRAL, 2019, p. 5). Por essa razão, passa-se a uma investigação das principais normativas que fomentaram o desenvolvimento do direito concorrencial em cada constituição.

2.3.1. Constituição Federal de 1934

A constituição de 1934 foi a primeira que institui um capítulo para tratar sobre a Ordem Econômica e Social (FIGUEREDO, 2016). Com efeito, em seu art. 117, ressaltava que lei promoveria o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. No entanto, durante a breve vigência dessa Carta-Magna, não houve a promulgação de nenhuma legislação que regulamentasse as formas de fomento da citada economia.

De qualquer forma, entende-se por pertinente destacar o marco jurídico instalado a partir dessa normativa constitucional, haja vista que essa intenção legislativa foi perpetuada nas Cartas Posteriores, trazendo consequências de cunho político e econômico para sociedade. Para

¹ A partir de meados da primeira década do século XX, o crescimento rápido da indústria foi propiciado em grande parte por uma nova crise de superprodução de café, ainda mais profunda do que a de 1880-1886, que diminuiu a rentabilidade dos investimentos na sua produção e criou novos estímulos para investimentos na indústria.

além, é mais uma demonstração do caráter intervencionistas que o Estado assume desse período em diante.

2.3.2. Constituição Federal de 1937

Já com a Constituição Federal de 1937 vigente, tem-se similar dispositivo constitucional, que em seu art. 141 irá destacar o fomento a economia popular por meio de lei, além de inovar e em seu bojo abordar os crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado. A regulamentação do texto veio por meio do Decreto-Lei nº 869/1938, denominada de “Lei de Crimes contra a Economia Popular”, compreendida como primeira norma nacional a tratar sobre o antitruste.

Nessa conjuntura, sua finalidade precípua está na repressão ao abuso do poder econômico e proteger o interesse do consumidor, por meio das limitações jurídicas daquela época (MONTEIRO, 2002), além da legislação também dispor sobre administração fraudulenta, fraude de contratos, medidas e usuras. Contudo, segundo Shieber (1966) não se pode afirmar que os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 obtiveram efetividade.

Diante disso, já no ano de 1945, foi promulgado o Decreto-Lei nº 7.666, conhecido como Lei Malaia, dispondo sobre os atos contrários à ordem moral e econômica, com o objetivo de regular a concorrência e combater o abuso de poder econômico (STAUB FILHO, 2017). Essa normativa, por mais que fosse inspirada na legislação americana, distinguia-se do Sherman Act e do Clayton Act porque possuía um caráter administrativo, e não civil e penal. Destarte, pode-se extrair que

A lei Malaia não é a primeira lei com finalidade antitruste no Brasil, é o primeiro texto legal a disciplinar a concorrência como objeto específico. Uma breve leitura do texto é suficiente para mostrar que se pretendia privilegiar a eficácia dos atos estatais de controle do poder econômico, em detrimento das tradicionais garantias antepostas à "liberdade econômica": nele é possível detectar o desejo de que até mesmo as técnicas legislativas destinadas a assegurar a "certeza do direito" (a exemplo da clareza na redação do texto) fossem colocadas a serviço da ação regulatória do Estado, em detrimento da inviolabilidade jurídica da atividade dos empresários. (STAUB FILHO, 2017, 76)

Para além, o Decreto-lei 7.666/45 criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, vinculada ao Chefe do Poder Executivo, detendo poderes para autorizar ou impedir fusões, agrupamentos ou transformações de empresas nos variados setores da economia brasileira (DE CARVALHO, 2013). No entanto, a norma não pode espriar efeitos por muito tempo, haja vista a vigência de uma nova constituição já no seguinte.

2.3.3. Constituição Federal de 1946

Com a Constituição de 1946 aos poucos foram implementadas legislações que regulassem o direito concorrencial, a exemplo da Lei nº 1.521/51, que originou dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular e incluiu disposições sobre antitruste. Adjunto entrou em vigência a Lei nº 1.522/51, autorizando o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo (MONTEIRO, 2002).

Para além, no âmbito da constituição de 1945, a normativa de maior relevância é a Lei nº 4.137/62, que além de regulamentar o art. 148 daquela constituição também criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Esse dispositivo ensejou uma ampliação do debate político a respeito da intervenção do Estado, emergindo o argumento de que o Brasil sofria o abuso do poder econômico por parte de grandes cartéis e trustes internacionais, tendo isso prejudicado os produtores nacionais em diversos mercados, o que até mesmo justificaria a criação do CADE (DE CARVALHO, 2013).

Nesse cenário, é majoritário entre os estudiosos que o CADE teve pouca efetividade nas décadas posteriores a sua criação, a resposta para essa realidade é a limitação na obtenção de provas das supostas práticas desleais e anticoncorrenciais, uma vez que o órgão estava limitado aos mecanismos de instrução dos processos julgados. Assim sendo, a baixa efetividade atrelado ao fato da política do regime militar ser incompatível com as pretensões do órgão administrativo resultaram na sua extinção por inanição.

2.3.4. Constituição Federal de 1967

Sob a égide do Regime Militar, teve-se o Decreto nº 63.196/68, que dispôs sobre o sistema regulador de preços no mercado interno. Nessa seara, deve-se destacar a criação do Conselho Interministerial de Preços (CIP) no ano de 1968, em que houve um marco no controle de preços pelo Estado, pois, os mecanismos de controle anteriores centravam-se nos preços a varejo, enquanto o CIP desenvolveu um mecanismo de controle sobre os custos e o preço em setores estratégicos da economia (BAER, 1973). Nessas condições, o CADE permaneceu inoperante até a década de 1980, tendo essa realidade sido modificada apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.3.5. Constituição Federal de 1988

A priori, faz-se necessário ressaltar o contexto político e econômico em que a Constituição Federal de 1988 está inserida, haja vista o período de transição vivido pelo país, em que há uma mudança no modelo desenvolvimentista brasileiro com o objetivo de adentrar no cenário da economia mundial por meio de desregulamentação de mercados e privatizações (MONTEIRO, 2003).

A relevância dos aspectos econômicos é ressaltada nos arts. 170 e 173 da Carta constitucional, ao prever, em seu Título VII, capítulos que tratam da Ordem Econômica e Financeira, enfatizando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. De todo modo, é também mencionado a função social da propriedade, a valorização do trabalho humano e os ditames da justiça social, a fim de demonstrar o caráter progressista e dirigente da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, em 1991, foi promulgada a Lei nº 8.158/91, com a finalidade de dar maior celeridade aos procedimentos administrativos e à apuração das práticas de violação à ordem econômica, bem como procedeu com a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça – SNDE, com a qual o CADE passou a funcionar de maneira adjunta (GABAN e DOMINGUES, 2009). Por outro lado, uma das principais legislações após 1988 foi a Lei n. 8.884/94, cujo mérito está em ter sistematizado a matéria relacionada ao antitruste, além de ter transformado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e autarquia federal.

Ademais, é importante mencionar que “o sistema de tutela da livre concorrência adotado pela Lei n. 8.884/94 possui um duplo enfoque de atuação, qual seja, o controle de estruturas e o controle de condutas anticoncorrenciais, preponderando neste último plano o combate aos cartéis. ” (GABAN e DOMINGUES, 2009, p.108). Gaban e Domingues (2009) também explicam que o direito concorrencial brasileiro é híbrido, posto que contém elementos do sistema europeu na caracterização de ilícitos e supera o adotado pelo Estado Unidos na tipificação dos atos ilícitos, a exemplo do seu art. 20 e incisos.

De modo geral, o mencionado dispositivo tem por finalidades básicas: repressão e prevenção de infrações contra a ordem econômica. (OLIVEIRA, 2001). Não sendo o bastante, o seu caráter sistemático também permite que guarde estreita relação com o consumidor, porquanto esta tem o fim último de garantir o seu bem-estar (MONTEIRO, 2003).

Posteriormente, tem-se a promulgação da Lei n. 12.529/11, responsável por atualizar os ditames da Lei da década de 1990, haja vista a evolução das práticas comerciais e o próprio dinamismo da sociedade. Nesse aspecto, aponta-se que

A nova lei da concorrência no Brasil - Lei 12.529/11 - mantém, em linhas gerais, os ilícitos contra a ordem econômica previstos pela Lei 8.884/94, apresentando mudanças mais significativas na área institucional (nos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e no procedimento de averiguação e combate aos ilícitos, com destaque à obrigatoriedade de submissão prévia ao CADE dos atos de concentração de grandes empresas. (GABAN e DOMINGUES, 2009, p.539).

Dessa forma, o referido dispositivo organizou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo de dois órgãos para execução de suas ações, quais sejam, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), ligada ao Ministério da Fazenda, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ligada ao Ministério da Justiça. De modo prático, ocorre que o CADE exerce maior preponderância nas atuações no âmbito do Direito Concorrencial, restando ao Seprac concentrar-se na advocacia da concorrência (FORGIONI, 2016).

Dito isso, passa-se a análise das práticas restritivas e a caracterização da ilicitude pelos efeitos das relações entre agentes econômicos, tida como uma das principais atuações do CADE, a fim de promover um ambiente concorrencial saudável e assegurar o bem-estar dos consumidores.

3 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

3.1. O convencional conceito de concorrência

Observado o cenário histórico-político da legislação antitruste, no presente capítulo adentra-se em suas implicações práticas de fato, razão pela qual num primeiro momento busca-se deixar claro a acepção de concorrência. Assim sendo, parte-se da afirmativa de que as regras de concorrência são anteriores e não concomitantes ao conceito de livre mercado (GABAN e DOMINGUES, 2012), uma vez que o mercado surge das relações de troca entre os indivíduos, que em contrapartida ampliaram seu rol de relações de forma sistemática, ao ponto de naturalmente surgirem as relações concorrenciais e posteriormente privações por parte do Estado.

Dito isso, passa-se a observar a evolução do fenômeno da concorrência, conceituando-a enquanto qualquer situação ou configuração de mercado em que é maximizada a quantidade ofertada, os preços são iguais ou muito próximos aos custos marginais, e os consumidores ou clientes têm liberdade para tomar suas decisões de consumo baseados em suas próprias preferências. Essa é a acepção que melhor demonstra a ótica da denomina concorrência perfeita, ao descrever “um mercado no qual o interesse dos consumidores detém o controle. Os fornecedores respondem às vontades dos consumidores produzindo o que os compradores querem e, competindo entre si, ao menor preço.” (MAGGI, 2018, p.13).

No entanto, é válido ressaltar que esse equilíbrio através da eficiência não pode ser a única ótica adotada, posto que padrões ou modelos distintos possuem outras variantes, como por exemplo a geração de empregos, nível de exportações, desenvolvimento regional, entre outros. Com efeito, existem diversas teorias quanto a primazia ou pilares da concorrência, perpassando desde a necessidade de regulação em decorrência das falhas de mercado, bem como o direcionamento do mercado a uma aproximação da concorrência perfeita, além das teorias distributivas e desenvolvimentistas (BESOUSSAN; GOUVÊA, 2015). Desse modo, todas essas acepções variam da postura ideológica adotada, do espaço geopolítico, assim como do momento histórico em que as políticas antitruste foram implantadas, permitindo até mesmo sua evolução com o decorrer do tempo.

Por essa razão, é válido mencionar que antes do advento da economia política clássica o termo concorrência costumava ser entendido como um grande processo de barganha entre compradores e vendedores (MCNULTY, 1967). O que posteriormente levaria à construção da

acepção tradicional de mercado concorrencial, entendido como o ambiente com a presença de numerosos ofertantes.

Nesses termos, percebe-se que a escola econômica neoclássica foi a principal influência para formação de um conceito de concorrência, visto que sua análise sugere a observação do mercado de forma estática. Em outras palavras, o ambiente possui fornecedores que oferecem produtos relativamente homogêneos, destinado a numerosos clientes, cujo preço tende a permanecer estável (MACKAAY E ROUSSEAU, 2015).

A partir desta breve introdução, a fim de melhor compreender como ocorre a intervenção do estado na economia, pretende-se levantar os fundamentos legais que demonstram a pertinência e relevância da atuação de uma política antitruste no ordenamento jurídico, bem como a organização do sistema concorrencial.

3.2. Concentrações entre agentes econômicos

Ao iniciar a análise das premissas que sustentam a aplicação do Direito Antitruste no Brasil, os atos de concentração entre agentes econômicos submergem como um amplo eixo de discussão, haja vista a dualidade dos seus efeitos nos mercados em que ocorrem. Destarte, a depender do cunho ideológico adotado, suas consequências podem ser interpretadas como uma natural busca pela eficiência ou vistas como precedentes à formação de monopólios.

Diante disso, as normas concorrenciais ao primar pelo justo funcionamento do sistema competitivo dos mercados, guia sua atuação de modo a proteger o ambiente de relações mercantis dos atos que lhe possam ser prejudiciais, assim como para os demais concorrentes. Dessa forma, nota-se que a defesa da concorrência denota uma postura coletiva, não abrangendo aspectos individuais que resvalam apenas em determinado *player* (DE OLIVEIRA, 2011).

Nessa conjuntura, vale ressaltar que a atuação antitruste supervisiona os atos de concentração em prol da manutenção do mercado, além de promover as potencialidades dessas aglutinações. Por conseguinte, são consideradas para tanto os percentuais de participação no mercado de cada agente envolvido, a relevância da área em que as atividades são exercidas, bem como os benefícios aos consumidores e impactos aos concorrentes, entre outros fatores (TADDEI, 2001).

Assim sendo, nas palavras de Nuno T. P. Carvalho (1995), pode-se definir atos de concentração como

“todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através

da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”.

De modo mais pragmática, são exemplos de atos de concentração, a) as operações de fusão; b) a aquisição direta ou indireta de participações societárias ou de ativos de terceiros; c) as incorporações de empresas; e d) constituição de consórcios. Tais práticas são objeto de estudos do Direito Empresarial e possuem atributos específicos que de alguma maneira impactam o mercado em que se concretizam. Por essa razão, haja vista a comum imprecisão no uso dos termos, torna-se válido distingui-los.

Assim, por fusão, segundo as lições de Tarcísio Teixeira (2016, p. 508), entende-se o “ato por meio do qual duas ou mais sociedades são extintas para formar uma só, ou seja, para dar origem à criação de uma sociedade nova.”. É perceptível que tal prática tende a lançar um concorrente mais robusto no ambiente de competição, tendo em vista a união de forças.

Já as participações societárias, pela explanação do doutrinador Marlon Tomazette (2017), consistem no investimento de um agente no próprio capital social de outra sociedade, o que conseqüentemente poderá inferir em maior influência interna. Essa atuação pode resultar no controle das decisões e prever a direção em que a entidade atuará.

Outro exemplo, a incorporação, é vista como sendo a “operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.” (FAZZIO JUNIOR, 2016, p.255). A consequência desse ato é o aumento no poder de atuação decorrente do acúmulo de recursos desses agentes, o que possibilita mais investimento em seu respectivo âmbito de atuação. No entanto, também são assumidas as obrigações da incorporada, o que torna o procedimento complexo e cauteloso.

Por outro lado, o consórcio de empresas “nada mais é do que o contrato entre duas sociedades, sob o mesmo controle ou não, para executar determinado empreendimento.” (NEGRÃO, 2019, p. 167). Essa concentração, por ser temporária, traz vantagens a sociedade que precisam unir forças, sendo comum a aplicabilidade para participação de licitações públicas. Feita essa conceituação, apresenta-se os tipos de concentração comumente utilizado pelos estudiosos do direito concorrencial para distinguir a abrangência desses atos no mercado.

3.2.1. Tipos de concentrações

3.2.1.1. Acordos Horizontais

Nos atos de concentração horizontais, os agentes participam de arranjos no mesmo mercado de atuação, tendo influência direta na concorrência daquele setor, pois poderá absorver o concorrente, a exemplo das incorporações ou aquisições (FERNANDES JÚNIOR, 2006). Em outras palavras, é a “estruturação de mercado que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante” (FIGUEIREDO, 2013. p. 289). Isso, por consequência, afetará os *Market share*² da companhia, o que enseja uma atuação preventiva dos órgãos antitruste, a fim de averiguar a permanência do equilíbrio naquele ambiente econômico, bem como a licitude das condutas.

3.2.1.2. Atos de Concentração Vertical

Nesses atos de concentração, os agentes econômicos participantes estão em setores ou níveis diferentes da cadeia de produção, mas pertencentes a um mesmo segmento do mercado, havendo proximidade das relações e nas atuações geográficas. Diante disso, o escopo dessa prática consiste em dificultar o acesso de outros concorrentes aos insumos ou bens essenciais ao desenvolvimento daquela atividade produtiva (TOIGO, 2015). De modo mais pragmático, ocorre normalmente quando incidem relações entre o empresário distribuidor e o fornecedor de determinado bem ou serviço, ocasionando nítida limitação aos demais competidores.

3.2.1.3. Atos de Concentração Conglomerados

Conforme exposto por Salomão Filho (2007, p. 301), entende-se que “a formação de conglomerados se trata da concentração de agentes econômicos que não guardam qualquer relação entre si. As empresas envolvidas desenvolvem atividades em mercados relevantes distintos e não relacionados verticalmente.”. No entendimento de Forgioni (2016), a atenção nesse tipo de concentração é decorrente da expansão das suas atividades em diversos segmentos, acumulando por diversas formas capital e, conseqüentemente, obter um vasto poder aquisitivo capaz de influenciar agentes públicos, utilizando das suas forças para fins políticos.

² É a participação da empresa e dos concorrentes no mercado (fatias de mercado), isto é, demonstra o quanto cada competidor detêm no ambiente mercantil. (KOTLER e KELLER, 2007).

3.2.2. Atuação do CADE diante das concentrações econômicas

Apresentadas as acepções pertinentes a concentração entre agentes econômicos, faz-se conveniente demonstrar a atuação do órgão antitruste diante dessas práticas. Dessa forma, *a priori*, vale mencionar que o CADE atua de forma dual na defesa da concorrência, isto é, por meio de procedimentos contenciosos e preventivos. Este último responsável por abarcar as condutas aqui em destaque, disponibilizando até mesmo um guia para avaliação dos atos de concentração horizontais, vistos como os de maior frequência na rotina administrativa e para as quais este tópico se direcionará.

Nesse âmbito, o guia dispõe que “compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apreciar atos de concentração econômica que preencham os requisitos previstos nos artigos 88 e 90, incisos I a IV, da Lei nº 12.529/2011.” (ECONÔMICA, 2016). Pelo texto da lei, percebe-se a adoção de um critério pecuniário no art. 88, ao dispor

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a **R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)**; e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a **R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)**. (Grifou-se).

Já os incisos I a IV do art. 90, definem o que seriam atos de concentração, assim dispondo o referido dispositivo:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Nesses moldes, nota-se que a apreciação tem a finalidade de proteger o consumidor e o ambiente concorrência dos efeitos nocivos que determinados atos podem causar, além de dar cumprimento a letra da lei. Dessa forma, a depender do caso concreto, uma análise clássica consiste na procedência de etapas que abrangem, entre outros itens, a definição do mercado relevante, o nível da concentração, a probabilidade do uso de poder de mercado obtido, bem

como a ponderação das eficiências econômicas apresentadas. Não sendo o bastante, análises alternativas também podem ser implementadas, utilizando-se de simulações, medindo-se o nível de rivalidade do mercado e o próprio impacto ao consumidor (ECONÔMICA, 2016).

Das práticas apresentadas, vale destacar que são utilizadas diversas formas para obter as informações relevantes para a análise dos Atos de Concentração. Conforme dispõe o supramencionado Guia do CADE (2016), utilizam-se dados advindos das empresas requerentes, dos consumidores, das concorrentes, dos fornecedores, das agências reguladoras, dos sindicatos e associações, dos ministérios executivos, dos especialistas do mercado, dos institutos setoriais, entre outras fontes. Essa flexibilidade e pluralidade de fontes é necessária para melhor diagnosticar o mercado, a fim de proceder com diligências pertinentes, aplicar restrições ou autorizar os atos sem entraves.

Do mais, pelo disposto no art. 88, §6º, da Lei n. 12.529/11, deve o órgão antitruste ponderar entre os efeitos ocasionados no mercado e o ganho de eficiência obtido naquele mesmo setor, especificando quais os objetivos que devem ser alcançados, conforme dispositivo legal:

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Ao observar a norma transcrita, nota-se que a legislação se preocupa com o benefício do consumidor e o desenvolvimento eficiente do mercado. Nesse cenário, porém, conforme esclarecimento do Guia para análise de Concentrações (2016), é justo ressaltar que nos casos em que há risco relevante de danos ao mercado, a medida adotada é afastar qualquer benefício que seja puramente especulativo ou que não seja concretamente provável e verificável, sob pena de se subestimar, equivocadamente, efeitos negativos severos aos consumidores e à coletividade em geral.

3.2.3. Nível de Concentração e Monopólios

Pelo exposto, diante das variações de um mercado com concorrência imperfeita e a dualidade dos seus efeitos, o CADE também observa os níveis e a efetiva consequência de aglutinações, com o intuito de “identificar a possibilidade de exercício do poder de mercado e,

também, a própria estrutura de mercado presente no setor (concorrência perfeita, concorrência monopolística, oligopólio e monopólio). ” (LUFT e ZILLI, 2013, p. 150). Nesse contexto, faz-se pertinente especificar quais estruturas são consideradas prejudiciais em um ambiente mercantil, uma vez que operações de concentração podem denotar formas de obter ou consolidar posições monopolísticas (FORGIONI, 2016).

Nesse cenário, na “economia, monopólio (do grego monos, um + polien, vender) é como se denomina a situação em que uma empresa detém o mercado de um determinado produto ou serviço, impondo preços aos que comercializam. ” (MIRANDA, 2011). O conceito pode ser exemplificado na situação em que determinado município possua um único provedor de internet, razão pela qual aplica os preços que entender favoráveis aos seus negócios.

Por outro lado, conforme assevera Calixto Salomão Filho (2007, p. 144), também ocorre o monopólio quando “um dos produtores detém parcela substancial do mercado (por hipótese, mais de 50%) e seus concorrentes são todos atomizados, de tal forma que nenhum deles tem qualquer influência sobre o preço de mercado”. De modo prático, a situação ocorre quando, por exemplo, uma loja de eletrodoméstico é a principal vendedora em uma localidade, de modo que a venda das demais concorrentes seja irrisória diante da capacidade distributiva e influência no mercado, não sendo o sistema de preço e a margem de lucro capaz de influir na relação concorrencial.

Além disso, visto como uma ramificação ou evolução dos monopólios, deve se ressaltar os duopólios e os oligopólios, este caracterizado quando um grupo de empresas domina o comércio de um determinado produto ou serviço, sendo que a decisão de uma afeta na outra, razão pela qual visam atuar de modo estratégico (BRANCO, 2004). De modo geral, podem ser definidos sob o entendimento de que

O oligopólio implica um pequeno número de vendedores, que vendem o mesmo bem num mercado. O comportamento de cada um dos vendedores exerce uma influência sobre os outros. [...] O duopólio é um aspecto particular do oligopólio, na medida em que mais de um vendedor vende o mesmo bem num mercado. As estratégias que aparecem nas interações entre duopolistas, tomam duas formas, que se determinam de acordo com o grau de ignorância de um relativamente a outro. Isto significa, que se pode chegar a soluções ditas não cooperativas ou a soluções cooperativas. No oligopólio, cada unidade controla apenas parte das variáveis de que depende o resultado final, esforçando-se por obter a máxima vantagem. Como os interesses são geralmente apostos, não pode considerar-se um problema de máximo como a anterior (duopólio) em que como a empresa controla todas as variáveis relevantes, há menos obstáculos que a inibam de alcançar uma posição mais vantajosa. (ABRANTES, 2004, p. 64).

Dessa forma, para se verificar a existência de monopólio ou de oligopólio faz-se necessário analisar o *Market Share* das empresas. Para tanto, é preciso estabelecer um mercado

relevante mediante (1) a definição de seu produto ou serviço, (2) de sua extensão geográfica e (3) dos critérios necessários para indicar o poder econômico de cada participante (DE LIMA e DE ARAUJO, 2015). O tema mercado relevante será melhor desenvolvido em tópico posterior, mas vale adiantar que a sua delimitação consiste no processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação.³

Isto posto, pela compreensão do órgão antitruste, o monopólio estará intrinsecamente relacionado com a ausência de concorrência, haja vista a existência de apenas um ofertante de um determinado bem ou serviço, o que por consequência permite que se defina os preços de mercado por meio do controle da quantidade ofertada. Não sendo o bastante, restrita a concorrência os monopólios geram perdas ao bem-estar da sociedade, uma vez que não há estímulos para inovação ou melhora da qualidade dos bens e/ou serviços oferecidos (CADE, 2016).

Assim, insta salientar que o mercado não pode se desenvolver de forma saudável sem concorrência, sendo o monopólio apresentado como uma verdadeira patologia, haja vista que reduz o número de ofertantes, ou até mesmo extingue, por consequência a oferta de produtos e serviços é reduzida. Dessa maneira, o consumidor deixa de estar no centro das atenções dos concorrentes e passa a ser refém das imposições colocadas pelo monopolista, razão pela qual se torna necessária a sistemática de controle concorrencial adotada pelo Estado.

3.3. Domínio de Mercado e seus prejuízos ao consumidor

Notado o caráter prejudicial das relações monopolísticas que decorrerem dos atos de concentração, cabe neste momento pontuar a definição de mercado dominante e apresentar suas implicações, uma vez que se trata de matéria relevante à temática do antitruste. Nesse sentido, vale acentuar que mesmo quando existem concorrentes em certo mercado, a sobreposição do poder econômico de determinado competidor pode caracterizar ausência de efetiva concorrência, tendo em vista o domínio de mercado alcançado. Dessa forma, não é necessária a completa ausência de concorrência para que se verifique a posição dominante, basta que a concorrência não seja de tal grau a ponto de influenciar significativamente o comportamento daquele que está em posição superior (FORGIONI, 2016).

³ Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.

A partir desse primeiro esclarecimento, é justo trazer à baila os elementos que consubstanciam a acepção e o entendimento de domínio econômico, a fim de melhor demonstrar suas relações e os danos ao bem-estar do consumidor. Em outros termos, visa-se apontar a cadeia de procedimentos ou características que possibilitam a ocorrência de abuso da posição dominante.

3.3.1. O Poder Econômico e seu abuso

O clássico economista Adam Smith (1983) já mencionava que o desenvolvimento econômico decorre do aumento da produtividade e do acúmulo de capital, o que consequentemente ocasiona a formação de empresas voluptuosas e com razoável influência em seus ramos de atuação. Esse cenário é o que melhor introduz o conceito de Poder Econômico, que pode ser compreendido como a possibilidade de impor os seus interesses a outras pessoas juridicamente autônomas (FARJAT, 1971).

Já o nobre professor Modesto de Carvalho (1967), nesse contexto, assevera que o Poder Econômico reflete a capacidade de opção econômica independente, referente àquilo que não lesiona a legislação concorrencial, ou seja, é a empresa que pode tomar decisões econômicas para além das pressões convencionais do mercado. Para além, tal poder é utilizado por todos os atores que exploram atividade econômica, sendo incentivados a aumentá-lo em decorrência das dinâmicas comerciais e, por consequência, angariar maior participação no mercado (CORDEIRO, 2007).

Não sendo o bastante, Salomão Filho (2002, p.137) aduz que “o Poder Econômico é o elemento constitutivo do direito concorrencial. É da existência do primeiro que se cria a necessidade de presença do último.”. Assim, percebe-se que é natural que hajam relações de força aquisitiva nos mercados, sendo esse fator um elemento primordial para que se desenvolva a concorrência e o empreendedorismo.

Sob essa ótica, nota-se que somente a partir do momento em que essa condição de poder trazer ao seu titular benefícios ou vantagens de modo desleal, estar-se-á diante do denominado Abuso de Poder Econômico. Essa situação, de modo geral, pode ser conceituada como “toda ação ou manobra do empresário ou de seu representante legal que, dominando o mercado e a concorrência, tenha por objetivo a obtenção de lucros excessivos, causando dano a outras pessoas, físicas ou jurídicas, e ao Estado.” (CRETILLA JÚNIOR, 1993, p. 4026). Em outras palavras, Magalhães (1975, p.16) menciona que ocorre o abuso “quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo

econômico, ou quando passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do seu detentor”.

Nesse ínterim, diante da relevância do tema, faz-se necessário ressaltar que a própria Constituição Federal de 1988 destaca a atuação do Estado em inibir esse tipo de abuso, conforme dispõe o art. 173, §4º, ao prever que

Art. 173. [...]

§4º - lei **reprimirá o abuso do poder econômico** que vise à **dominação dos mercados, à eliminação da concorrência** e ao aumento arbitrário dos lucros. (Grifou-se).

Dessa forma, no Brasil, o abuso de Poder Econômico será reprimido, principalmente, a partir das disposições contidas na Lei n. 12.529/2011, responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conforme dispõe o seu art. 1º, *caput*. Veja:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, **defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico**. (Grifou-se).

Nesse cenário, torna-se exemplo de medida adotada contra o abuso de Poder Econômico a licença compulsória de Carta Patente, prevista no art. 68 e ss. da Lei n. 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), em que, como o nome sugere, o titular da patente fica obrigado a licenciá-la, contra a sua vontade, como caráter sancionatório ou a fim de atender imperativos de ordem pública (CRUZ, 2018). Desse modo, o dispositivo aduz que “o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial”. Do texto, ainda vale mencionar que o órgão administrativo responsável pela averiguação de infração à ordem econômica é o CADE, tendo em vista as atribuições a ele conferida pela Lei n. 12.529/2011.

Dito isso, em suma, no que diz respeito à concorrência, percebe-se que o Poder Econômico possui reflexos no Poder de Mercado, vez que a própria formação de carteis, fusões ou outros tipos de aliança tenham como objetivo ampliar aquele primeiro poderio por meio do segundo (POSSAS, 1993). Por consequência, o que pode ocorrer nesse curso é o abuso desse predomínio aquisitivo, ocasionando lesões ao ambiente concorrencial e até mesmo aos consumidores, razão pela qual se torna legítima a atuação do Estado na supervisão e controle desses atos. Dito isso, faz-se pertinente compreender a acepção de Poder de Mercado, haja vista sua relevância para o Direito concorrencial.

3.3.2. Poder de Mercado

Sendo objetivo, a compreensão de Poder de Mercado está relacionada a capacidade de fixação discricionária de preços num dado mercado, isto é, sob uma ótica econômica ortodoxa⁴, manter os preços acima dos níveis competitivos por significativo espaço de tempo, de tal modo que seja lucrativo (POSSAS, 1996). Dessa maneira, um elevado poder de mercado pode significar uma supremacia de determinado agente sobre o seu setor de atuação, uma vez que oferece os menores preços e outros concorrentes não conseguem superá-lo naquele nicho.

Para tanto, a fim de avaliar o poderio exercido no mercado, faz-se necessário medir o mercado relevante, compreendido como unidade de análise e responsável por definir a fronteira da concorrência entre as firmas (CADE, 2016). Desse modo, para sua apreciação verifica-se as dimensões que o produto alcança, isto é, se poderá ser substituído, assim como se observa o espaço geográfico, compreendido como sendo a área de atuação dos agentes econômicos. Isso significa dizer, segundo a cartilha do CADE (2016) que:

mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.

Nota-se, assim, que se trata de elemento importante na obtenção de domínio do mercado, de tal modo que só se pode mencionar o poder de mercado a partir do momento em que se tem o mercado relevante estabelecido, isto é, definido previamente o espaço de influência daquele concorrente. Isso feito, torna-se possível averiguar se determinado agente econômico está exercendo Posição Dominante, de modo a prejudicar o bem-estar das relações concorrenciais.

3.3.3. Posição dominante

Compreendida a concepção de Poder Econômico e de Poder de Mercado, torna-se oportuno apontar as suas relações, vistas como intrínsecas e de significativa influência no conceito de Posição Dominante. Dessa maneira, pode-se afirmar que esta ocorre “quando uma

⁴ Possas (1996, p. 22) esclarece que “como o *mainstream* ortodoxo em teoria econômica sempre associou concorrência a concorrência em preços - viés do qual não escapou a literatura de Organização Industrial, bem pouco ortodoxa em suas origens -, nada mais natural que sua noção intuitiva de restrição à concorrência se reduza ao poder de fixar e manter preços acima do nível competitivo.”

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 (FAGUNDES, 1997). Em termos legais, o art. 36, §2, da Lei n. 12.529/2011 aponta que

Art. 36- [...]

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Dessa maneira, pode-se afirmar que Posição Dominante diz respeito a razoável detenção do Poder de Mercado, ao ponto de exercer influência e deter certa autonomia no mercado em que atue. Assim, como aduzido por Forgioni (2016), a empresa que detém o domínio tende a adotar comportamentos típicos de monopolistas, haja vista a ausência de riscos em suas ações de negócio, que se malsucedidas não implicam em prejuízos ou perda de clientela, por consequência, desestimula a busca pela qualidade dos serviços, produtos ou bem-estar do consumidor de uma forma geral.

Por essa razão, notado a relevância desse domínio, vale mencionar que a sua identificação não é tarefa simples, sendo necessário estabelecer o mercado relevante, bem como avaliar as peculiaridades de cada área, sua elasticidade, rentabilidade, entre outros fatores. Sob essa ótica, certas averiguações serão carregadas de elementos subjetivos, o que dependerá da visão do intérprete, no caso, o órgão administrativo, razão pela qual se torna conveniente apontar os indicativos da existência de posição dominante, para além do mercado relevante (FURTADO, 2011).

Num primeiro momento, deve-se mencionar que nem mesmo a dita concorrência potencial é capaz de mitigar os efeitos nocivos do domínio de mercado, isto é, pode-se imaginar que não havendo impedimentos para entrada de novos competidores, a simples possibilidade de concorrência por parte de agente econômico mais inovador ou com maior poder econômico seja suficiente ou pertinente para descaracterizar os efeitos posição dominante. Nesse sentido, nota-se cautela ao se analisar a premissa, de modo que pela comunicação oriunda das instituições e dos órgãos da União Europeia (2009) exige-se que a entrada de concorrente seja suficientemente rápida para dissuadir a ocorrência de Poder de Mercado; provável, ao ponto de gerar lucros ao ingressante; e suficiente, o que significa capacidade de atuar em todo o setor e não em nichos específicos.

Por outro lado, também se observa o potencial econômico da empresa como determinante para o domínio do mercado, a exemplo dos grandes conglomerados, que utilizam

da sua facilidade para obter receitas em diferentes atuações para equilibrar oscilações de mercados mais instáveis. Não sendo o bastante, soma-se a conta o controle dos processos de produção, ou seja, torna-se o detentor dos suprimentos necessários para a efetividades do fornecimento e produção de bens ou produtos, ganhado significativa vantagem competitiva.

De mais a mais, o domínio tecnológico é um outro ponto relevante para a análise, pois essa característica atribui vantagem competitiva a empresa, sendo possível coloca-la em grau maior de indiferença e autonomia com relação aos seus concorrentes. Atrelado a isso, o grau de crescimento do setor será importante para demarcar o mercado relevante, uma vez que aquele que exerceu o domínio deve manter as condições de firmar-se naquela atuação mesmo diante de cenários dinâmicos (FORGIONI, 2016). Dito isso, a fim de melhor suscitar a relevância da atuação dos órgãos de defesa da concorrência, torna-se relevante demonstrar algumas práticas ligadas ao abuso de posição dominante, haja vista as lesões ocasionadas no bem-estar do consumidor.

3.3.3.1. Preços abaixo do custo

A *priori*, mencionar que produtos ou serviços estão sendo oferecidos abaixo do preço de custo pode parecer uma atividade benéfica aos consumidores e uma estratégia de vendas chamativa por parte da empresa que adote a conduta. No entanto, deve-se esclarecer que é tipificado como infração à ordem econômica, conforme art. 36, §3º, inc. XV, da Lei n. 12.529/2011, a venda de mercadorias ou prestação de serviços injustificadamente abaixo do preço de custo, uma vez que essa medida, denominada de preço predatório, pode ocasionar lesões aos concorrentes, de tal modo que seja prejudicial ao mercado e ao ambiente concorrencial.

De modo geral, define-se preço predatório como sendo a deliberação discricionária de uma empresa em implantar preços que fogem da curva razoável do mercado, a fim de eliminar a concorrência naquele período. Isso pode até incorrer em prejuízos em um curto prazo, mas a prática torna-se efetiva posteriormente quando a inviabilidade de permanência de concorrentes permite ao dominante gozar de lucros a longo prazo, haja vista a tendência em instaurar preços abusivos, o que lhe permite recuperar as perdas decorrentes daquela atividade (NIEL *et al*, 2011).

Nota-se, assim, que é difícil distinguir as práticas abusivas daquelas que são realmente medidas eficientes de negócio. Desse modo, a lente que auxilia nessa investigação está direcionada ao futuro, pois, a condutas exigem uma ação arriscada a níveis no presente para

recuperar a rentabilidade posteriormente. Sob esse cenário, percebe-se que a prática de preços predatórios exige razoável poderio econômico por parte do praticante, haja vista a necessidade de ter que suportar as despesas e até mesmo os prejuízos daquele período com os preços baixos.

Em outros termos, Forgioni (2016) menciona que existe considerável racionalidade na conduta de preços predatórios, pois, são avaliados os prejuízos à concorrência, o poder de mercado que será adquirido e a abertura para entrada de novos agentes. Dessa forma, somente a consonância desses três aspectos torna, em tese, viável a procedimentalização de práticas anticompetitivas a partir da redução sistemática dos preços.

3.3.3.2. Vendas casadas

Para além do preço predatório, o domínio de mercado também enseja a prática da venda casada, uma vez que a vantagem competitiva pode facilitar a venda de um serviço já atrelado a outro, ao passo de tolher o direito de escolha do cliente e majorar os lucros do agente econômico. Desse modo, a legislação brasileira em seu art. 36, §3º, inc. XVIII, da Lei n. 12.529/2011, caracteriza infração à ordem econômica “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

Nesses termos, configura-se a venda casada anticoncorrencial quando existir um produto principal e outro produto imposto, além de ocorrer a coerção para a aquisição e ser o fornecedor titular de certo poder de mercado. Diante disso, a análise dessa conduta leva em consideração a Teoria da Alavancagem, ao indicar que o domínio de mercado mediante o produto principal colabora para a conquista da mesma posição no setor do produto imposto (FORGIONI, 2016).

De mais a mais, a vinculação anticoncorrencial dos produtos pode implicar aumento na barreira para entrada de outros competidores, visto que as necessidades do mercado podem ser supridas pela sistemática de venda casada adotada, a exemplo das assistências técnicas, em que determinado produto somente poderá obter manutenção da prestadora de serviço imposta, o que torna inviável a atividade econômica naquele setor por terceiros.

Um clássico exemplo de venda casada estava nas *bonbonnières* dos cinemas, em que o valor da pipoca ou do refrigerante, de forma individual, aproximava-se dos valores referentes aos próprios ingressos, a fim de que o cliente fosse estimulado a adquirir as opções de combos, isto é, um pacote com pipocas, refrigerante e o próprio ingresso por um preço aparentemente justo e vantajoso, por exemplo. Todavia, o que ocorria é o aumento demasiado dos valores

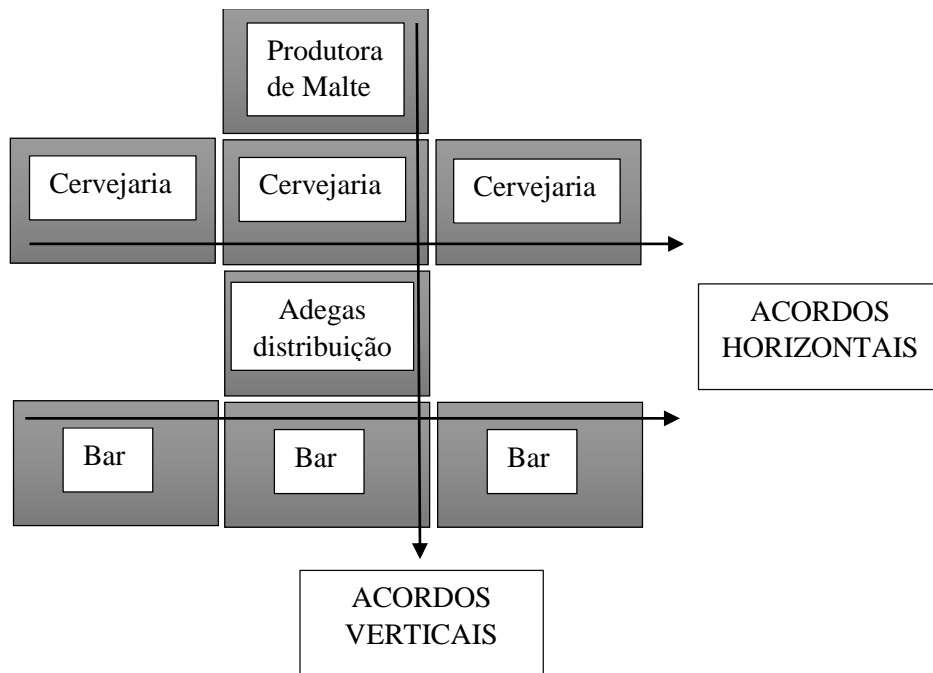
individuais de cada item com o objetivo de proporcionar a satisfação do adquirente em realizar a compra de mais de um produto por preço aparentemente baixo. Não sendo o bastante, a prática também vinculava o consumo de alimentos ou quaisquer outros produtos as opções contidas no estabelecimento, impossibilitando que o cliente levasse seu próprio item de consumo ou comprasse em outro local. Por derradeiro, esses espaços também estabeleciam contratos de exclusividade com determinadas marcas, corroborando com a redução das opções dadas aos consumidores, além de inviabilizar qualquer margem de concorrência.

Nesse contexto, tem-se que essa prática também corrobora com a camuflagem de preços abusivos, dificultando a fiscalização e controle dos preços, uma vez que os sujeitos podem atribuir valores com bases em um conjunto de serviços ou bens já predefinidos. Do mais, a venda casada também é utilizada para escoar produtos de baixa rotação, haja vista que são fornecidos junto a outros bens de maior fluxo no mercado, o que muitas vezes obriga o consumidor a deter determinado bem de maneira não espontânea. Dessa forma, percebe-se que essa conduta reduz o leque de escolhas disponíveis e dificulta a consciência do preço justo a cada um dos produtos vinculados, razão pela qual exige atenção por parte dos órgãos de defesa da concorrência.

3.4. Acordos entre empresas e suas agressões a concorrência

Como visto anteriormente, os acordos entre empresas são classificados em horizontais e verticais, sendo que tal classificação decorre da diferença de operações realizadas em cada ambiente, isto é, o primeiro atua entre indivíduos concorrentes e no mesmo espaço, enquanto o último refere-se a acordos entre agentes de distintas fases de produção, mas em um mesmo nicho. De qualquer forma, ambos viabilizam a reprodução de condições monopolísticas, haja vista o excessivo domínio de mercado, além de lesionarem o ambiente concorrencial. Dito isso, vale melhor expor o que cada tipo de acordo implica, uma vez que atingem de forma diferente os consumidores. A fim de melhor exemplificar, veja a seguinte figura:

Figura 1: Representação de acordos entre agentes econômicos



Fonte: FORGIONI, 2016, p. 349 (adaptado).

Diante da ilustração do processo de produção de cerveja, a figura pode exemplificar a ocorrência de acordos verticais entre a produtora de Malte e cervejarias específicas, de tal modo que se limitaria a obtenção do malte por parte de outras cervejarias que tivessem interesse em ingressar naquele mercado em específico. Não sendo o bastante, a verticalização continua a partir do momento em que a distribuição pelas adegas ocorre apenas a limitados bares, o que os coloca em posição privilegiada em meio aos seus concorrentes que já estavam excluídos desde o início da cadeia de produção.

Para além, agora demonstrando a ocorrência de acordos horizontais, estes serão as articulações entre as cervejarias, a fim de delimitar o melhor preço entre as três ou as relações entre os bares, que ao criarem condições por demais favoráveis excluam seus concorrentes, além de promoverem a falsa ilusão de concorrência. Esse tipo de acordo são os denominados cartéis, cujo objetivo é obter vantagem mercantil por meio de relações concorrenciais ludibriosas. Sendo assim, tendo em vista seus malefícios a concorrência, muitas vezes mal sendo percebidos, torna-se conveniente dispor maior atenção a respeito do tema.

3.4.1. Os malefícios dos cartéis

Segundo a cartilha do CADE (2016), entende-se por Cartel qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou

restringir produção, além das posturas pré combinadas em licitação pública, ou que visem deturbar a concorrência de modo geral. Para tanto, faz-se necessário constatar que houve coordenação entre empresários daquele setor a fim de aumentar ou combinar preço dos produtos ou serviços prestados.

A apostila do CADE (2016) ainda aponta que segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo. Não sendo o bastante, a prática dificilmente é constatada, haja vista a ocultação de quaisquer relações extra comerciais por parte dos agentes econômicos, sendo indícios desses conchaves, quando encontrados, as atas de reuniões, escutas telefônicas ou mensagens trocadas entre concorrentes.

Nessa conjuntura, com a finalidade de combater essa prática, o atual ordenamento jurídico, no art. 36, §3º, inc. I, da Lei n. 12.529/2011, caracteriza como infração à ordem econômica combinar com corrente os preços, a produção, segmentos do mercado, limitar o oferecimento de serviços, entre outros. Sendo cabível as penalidades do art. 37 do mencionado dispositivo.

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

[...]

Ocorre que mesmo diante das penalidades previstas, as justificativas para formação de cartéis aparentam sobressair, de modo que as vantagens compensem a desconfiguração de um mercado saudável. Desse modo, percebe-se que estabelecer acordos caminha na contramão do livre mercado, uma vez que ao se evitar a concorrência, conseqüentemente impede-se a redução dos preços pela demanda e estabiliza-se os preços da maneira que permanecem sendo lucrativos. Para além, em ambientes competitivos, os abusos serão naturalmente coibidos, pois,

punidos pelas próprias forças do mercado, não pode se admitir que esse efeito sancionatório seja neutralizado por cartéis às custas dos consumidores (FORGIONI, 2016).

Em suma, a admissão de cartéis em qualquer ambiente significa impedir a expressão da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, visto que nos setores cartelizados a lei da oferta e da demanda não surtem efeito, mas pelo contrário, nota-se a ocorrência de preços monopolistas, ou seja, valores que apenas beneficiam os seus agentes mantenedores. Assim, a atuação de um cartel no mercado sempre elevará o custo dos compradores e resultará na perda de bem-estar social (MAGGI, 2010).

Do mais, Maggi (2010) aponta que os maléficis de setores cartelizados chegam a ser maiores do que aqueles de ambientes monopolizados, pois, nos cartéis os participantes precisam criar condições artificiais para dominar o mercado, a fim de posteriormente obter o controle da produção e do preço. Para além, como há uma manobra das condições naturais de mercado, de forma alguma os cartéis trazem benefícios ou ganhos aos seus consumidores, muito pelo contrário, tendem a majorar os valores dos serviços ou produtos para cobrir os custos da formação daquele conluio.

Por último, deve-se mencionar que os benefícios aos agentes econômicos decorrentes da formação de cartéis nem sempre são igualitários, uma vez que a depender da atuação dos concorrentes no mercado, as disposições sobre o lucro poderão ser distintas. Dessa maneira, há ocorrência do cartel perfeito quando prevalece uma quota similar no processo de produção e lucro daquele mercado. Já quando existe uma empresa líder e, por consequência, seus custos são menores e cabe a ela fixar os preços, tem-se o chamado cartel imperfeito. É esse fator de instabilidade e ausência de padrão que torna de difícil reconhecimento as práticas de formação de cartéis, tornando o ambiente concorrencial mais vulnerável a essas condutas e, por essa razão, sendo necessário maior intervenção do CADE no domínio econômico.

3.4.2. As lesões à concorrência decorrentes dos acordos entre fornecedores e distribuidores

Tendo em vista que as atuações monopolísticas são de mais fácil observação no mercado, haja vista a preponderância na atuação de um único agente, bem como a elevação dos preços e ausência de concorrentes naquele setor, os acordos verticais apresentam-se como verdadeiras alternativas a esse processo de concentração, trazendo prejuízos tais como aqueles ou, até mesmo, mais danosos (FORGIONI, 2016). Nesse contexto, não há nem mesmo a necessidade de que as empresas sejam concorrentes, como nos casos dos acordos verticais,

bastando que a atuação coordenada de cada agente econômico beneficie a si e ao outro de forma simultânea.

Para além, os conluíus em escala vertical não eliminam integralmente a concorrência, na verdade, eles garantem aos cartéis a posição dominante dentro de determinado mercado, o que ressalta a dificuldade de constatar esses acordos. Do mais, os cartéis tendem a atuar de modo a preservar as condições de favorecimento obtidas, seja por meio de arranjos que boicotem potenciais concorrentes, seja por meio da divisão de mercados competitivos (OLIVEIRA, 2003).

Dessa forma, os cartéis em estrutura vertical abrangem margem bem maior de agentes, o que prejudica concorrentes de diferentes fases da cadeia de produção e, conseqüentemente, limitando as opções de escolha dos consumidores. Assim sendo, para efetivar as ações dos arranjos entre fornecedores e distribuidores nota-se a presença de determinadas características como a relação de exclusividade e os descontos decorrentes da fidelidade.

Nesses termos, a exclusividade surge como uma das principais restrições verticais nos processos de cartelização, pois, obrigam as partes a não contratarem com terceiros no que tange ao objeto de negócio em que atuam. Tem-se, portanto, a restrição da liberdade de atuação do distribuidor ou do fornecedor de modo voluntário, a fim de obterem ambos os benefícios comerciais. A respeito, por mais que se argumente sobre a autonomia das partes, deve-se observar a privação dos demais concorrentes de modo prejudicial à concorrência, em que deve prevalecer o interesse da coletividade (FORGIONI, 2016).

Por outro lado, aparecendo de modo mais velado, a concessão de descontos de fidelidade, assim como as bonificações e outros incentivos realizados por fornecedores aos distribuidores, visa aumentar as vendas e limitar a atuação dos seus concorrentes, a fim de angariar maior fatia do mercado, de modo a obter maior poderio econômico e permanecer investidos em manobras que beneficiem seus distribuidores e prossiga com o ciclo de vantagens. Essa atuação exige maior atenção por parte do direito antitruste, uma vez que causam impactos relevantes no cenário competitivo.

Vislumbradas as características dos acordos verticais, bem como sua sistemática, faz-se necessário apontar os efeitos negativos deles decorrentes. Para tanto, deve-se ressaltar que o prisma para essa análise estará no nível de concorrência do mercado de modo geral.

Num primeiro momento, a primeira lesão à concorrência decorrente desses acordos é o fechamento do mercado. Isso significa dizer que a partir do momento em que um fornecedor estabelece exclusividade com determinados distribuidores, os seus concorrentes perderão alternativas de escoamento dos seus produtos, o que limita o desenvolvimento saudável de

qualquer empresa (FORGIONI, 2016). Veja como exemplo o fornecimento de refrigerantes, em que são estabelecidos vínculos de restrição com os seus distribuidores (supermercados e restaurante), de tal modo que o estabelecimento só poderá fornecer a bebida daquele fornecedor, conseqüentemente reduzindo a opção de venda dos demais competidores e também a opção de escolha dos clientes.

Portanto, acordos verticais ocasionam o aumento dos custos aos concorrentes, haja vista que para adentrarem em ambientes cartelizados terão que cobrir as ofertas de agentes econômicos já fixados, não sendo apenas necessários oferecer um produto melhor ou serviço com excepcional qualidade. Desse modo, nota-se que não se impede a entrada de novos competidores, porém torna o ambiente hostil aos concorrentes.

3.5. Concorrência como instrumento de Política Pública

A partir dos fundamentos apresentados, cabe realizar uma abordagem teleológica que corrobore com a compreensão do tema, no sentido de também argumentar de modo favorável as atuações decorrentes da política antitruste. Nesses termos, vale a pena deixar claro a magnitude da temática, principalmente em seus aspectos constitucionais.

Dessa forma, visto até mesmo enquanto argumento de segundo plano, torna-se pertinente ressaltar a relação da concorrência com os direitos fundamentais de segunda dimensão. Isto porque, a partir do século XX, as intervenções estatais no ambiente concorrencial estão caracterizadas enquanto um instrumento de política pública e de desenvolvimento socioeconômico (FORGIONI, 2016).

De modo mais didático e concatenado, deve-se ter a compreensão de que desde as primeiras constituições há constantes progressos nas normas fundamentais, razão pela qual a doutrina constitucional denominou essas evoluções de dimensões de direitos, que dependeram do conteúdo e período histórico das normativas. Dessa maneira, entende-se por direitos fundamentais de primeira dimensão àqueles influenciados pelo pensamento liberal-burguês na França do século XVIII, caracterizado pelo cunho individualista e pela atuação negativa do Estado diante dos indivíduos. Nesse âmbito estão englobados o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, de modo a fortalecer o pensamento liberal (SARLET *et al*, 2019).

Por outro lado, a partir dos movimentos reivindicatórios e processos de industrialização ocorridos no século XIX e XX, surgem os direitos de segunda dimensão, caracterizados pela atuação ativa do Estado, isto é, asseguram ao indivíduo prestações sociais como saúde,

educação, trabalho, entre outros, a fim de trazer maior efetividade ao preceito da igualdade, promovendo os denominados Estados sociais. Nessa dimensão de direitos busca-se pela justiça social não primada na anterior, o que conseqüentemente reflete numa ampliação dos direitos sociais, econômicos e culturais (SARLET *et al*, 2019).

Nessa conjuntura, pela segunda dimensão de direitos manter essas características, entre elas a regulação pública de diversos setores, que o direito concorrencial estará nela inclusa, pois, havendo intervenção estatal no domínio econômico, seja por atuação de órgãos públicos ou pela definição de regras à atuação dos agentes econômicos, essa direção tem por finalidade promover a justiça social, razão pela qual a concorrência será vista como um meio e não como um fim (FORGIONI, 2016).

Sob essa ótica, deve-se destacar os fundamentos expressos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º e incisos. Veja.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:**

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifou-se).

Percebe-se que a constituição se respalda nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ou seja, o legislador constituinte preocupou-se em evidenciar em sua norma maior que a atuação dos agentes econômicos era relevante para a construção de uma sociedade livre. Esse dispositivo é totalmente pertinente a temática concorrência, uma vez que a livre-iniciativa declara a possibilidade de participação no livre mercado por toda e qualquer pessoa, conseqüentemente fomentando o desenvolvimento do ambiente concorrencial (MACHADO e FERRAZ, 2018).

Do mais, tais fundamentos visam alcançar relevantes objetivos, também contidos na Carta-Magna, mais especificamente em seu art. 3º e incisos.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Grifou-se).

Pelo dispositivo exposto, nota-se que a intervenção estatal no domínio econômico, em especial pelos órgãos antitrustes, visa cumprir com os objetivos previstos na Constituição

Federal. Dessa maneira, notado alguma irregularidade que lese o cumprimento dessas normativas, nada mais justo que seja promovida a atuação do Estado, com a finalidade de garantir o desenvolvimento nacional e a saudável construção da sociedade. Em outras palavras, pode-se afirmar que quando o CADE aplica multas e desarticula a formação de carteis, tal operação visa efetivar a construção de uma sociedade livre e justa, assim como quando proíbe determinados atos de concentração é por entender serem eles empecilhos ao desenvolvimento nacional, conforme os fundamentos expostos em seção anterior.

Diante disso, percebe-se que há necessidade do agente econômico cumprir com os deveres que lhes são constitucionalmente impostos, o que teoricamente é chamado de função social do empresário. Esse instituto visa equilibrar as atuações e prerrogativas dedicadas aos particulares, assim como fazer valer cada objetivo contido na Constituição Federal (TAVARES, 2013).

Em outras palavras, entende-se a função social da empresa como um princípio norteador, uma vez que as relações comerciais advindas de atividades econômicas são fundamentais para o desenvolvimento da sociedade, por gerarem empregos, fomentar a economia, impulsionar o avanço tecnológico e a qualidade de vida das comunidades. Nesse meio, tais resultados necessitam de um ambiente concorrencial saudável, razão pela qual se torna plenamente legítima a intervenção estatal com intuito de assegurar esses fins por meio da concorrência.

Dessa maneira, o estrito cumprimento da função social empresarial transborda a seara individualista em que apenas se busca o lucro, passando a ter consequências nitidamente coletivas. Assim sendo, a iniciativa individual deve ser valorizada e protegida por todos os Poderes do Estado, bem como seus mais diversos órgãos, tendo em vista que o seu posicionamento está a favor da sociedade. Isso nada mais é do que a valorização do empreendedorismo, garantindo terreno fértil para que sempre haja espaço para inovação e serviços de excelência, garantidos pelo processo de concorrência, como anteriormente visto (MAMEDE, 2019).

Portanto, a síntese dos argumentos até então apresentados está na promoção da concorrência por meio de políticas públicas fundamentadas na Constituição Federal. Sendo relevante a atuação do Estado, uma vez que o mercado não conseguiria suprir suas próprias falhas, de modo a inviabilizar os resultados benéficos de sua existência, razão pela qual a intervenção do Estado na ordem econômica visa manter o melhor ambiente possível, garantindo o bem-estar da sociedade.

4 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

4.1. O conceito de concorrência sob outra ótica

Tendo-se em vista a metodologia dialética do presente trabalho, neste momento torna-se oportuno trocar as lentes referentes ao direito antitruste, a fim de melhor compreender as críticas contrárias aos argumentos apresentados no capítulo anterior. Dessa maneira, apresentar-se-á os argumentos que sugerem uma menor intervenção do Estado na economia e legitimam condutas que majoritariamente são condenadas e reprimidas pela legislação concorrencial.

Nesse sentido, sendo a política antitruste um instrumento de intervenção estatal, é compreensível o debate sobre a influência de sistemas econômicos na condução das medidas adotadas, bem como das suas consequências na economia. Desse modo, partindo da dicotomia entre socialismo e liberalismo, André Ramos (2015) aponta que o modelo econômico que sustenta o direito antitruste, qual seja, o intervencionismo, está muito mais atrelado àquele primeiro sistema do que necessariamente ao segundo e suas possíveis falhas de mercado.

Assim sendo, em um primeiro momento, explica-se o surgimento e desenvolvimento do intervencionismo a partir da refutação das diversas teorias do socialismo, promovendo, em todos os casos, os ideais do liberalismo, tais como a teoria subjetiva do valor⁵ e a lei da utilidade marginal⁶ decrescente, as quais confrontaram pensamentos marxistas expressivos, a exemplo da mais valia⁷. Diante disso, o intervencionismo apresenta-se como um meio termo entre os dois pensamentos, cujo objetivo é melhorar o ambiente econômico, regular e corrigir as falhas do mercado, assim como fomentar o bem-estar da sociedade.

No entanto, argumenta-se que por mais que a finalidade pretendida seja justa e desejável, os meios utilizados estão equivocados, tendo, na verdade, ocasionado resultados opostos aos pretendidos. Esses equívocos, sob a ótica do liberalismo, são decorrentes da ausência de racionalidade econômica em que não se observa as consequências de médio a longo prazo, mas pelo contrário, utiliza-se a intervenção como uma panaceia, cuja ineficácia é solucionada por meio de mais intervenção e assim sucessivamente (RAMOS, 2015).

⁵ “O valor não é algo inerente aos próprios bens, não é uma propriedade dos mesmos e muito menos uma coisa independente, subsistente por si mesma. O valor é um juízo que as pessoas envolvidas em atividades econômicas fazem sobre a importância dos bens de que dispõem para a conservação de sua vida e de seu bem-estar; portanto só existe na consciência das pessoas em questão (...) o valor é por sua própria natureza algo totalmente subjetivo.” (ALBUQUERQUE, 2013, p.9).

⁶ “Afirma que à medida que se consome mais de um determinado bem, sua utilidade diminui à taxas decrescentes. Ou seja, um bem em abundância nas mãos de um consumidor, menor importância este atribuirá a uma nova unidade deste bem, pois sua utilidade decresce.” (ROSA, 1997, p.8).

⁷ termo usado para designar a disparidade entre o salário pago e o valor do trabalho (SANDRONI, 1982).

Dito isso, faz-se pertinente demonstrar a contraposição existente entre o conceito majoritário de concorrência, uma vez que é a partir dessa premissa que os fundamentos anteriores se consolidaram, e a aceção dos críticos do direito antitruste, na qual se respalda os argumentos deste capítulo.

Assim sendo, num primeiro momento, a perspectiva mais difundida de concorrência a conceitua enquanto qualquer situação ou configuração de mercado em que é maximizada a quantidade ofertada, os preços são iguais ou muito próximos aos custos marginais e os consumidores ou clientes têm liberdade para tomar suas decisões de consumo baseados em suas próprias preferências. Essa é a aceção que melhor demonstra a ótica da denomina concorrência perfeita, ao descrever “um mercado no qual o interesse dos consumidores detém o controle. Por consequência, os fornecedores respondem às vontades dos clientes produzindo o que os compradores querem e, competindo entre si, ao menor preço.” (MAGGI, 2018, p.13).

A partir desses termos, percebe-se que a escola econômica neoclássica foi a principal influência para formação de um conceito majoritário de concorrência, visto que sua análise sugere a observação do mercado de forma estática. Em outras palavras, o ambiente possui fornecedores que oferecem produtos relativamente homogêneos, destinado a numerosos clientes, cujo preço tende a permanecer estável (MACKAAY E ROUSSEAU, 2015).

Já sob outra ótica, segundo os economistas clássicos, vislumbra-se a concorrência enquanto um processo dinâmico, de atuações imprevisíveis e recorrentes descobertas, cuja intervenção do estado significa obstrução ao curso natural do mercado (RAMOS, 2015). Em outros termos, a concorrência é vista como a ausência de barreiras à entrada de novos competidores, não devendo se ater ao funcionamento perfeito e equilibrado das relações comerciais, pois, as atividades empresariais são moldadas pela eficiência nas atuações de cada agente econômico.

Dessa forma, prima-se pela liberdade dos empresários em atuarem sob as condições que lhes forem favoráveis, desde que não haja impedimentos para a atuação de outros concorrentes, além de ser no bem-estar do consumidor a bússola para o sucesso dos negócios. Nesse sentido, essa conceituação está muito mais próxima da abordagem conferida pela Escola Econômica de Chicago, cuja atenção maior está na eficiência daquele ambiente e não na sua estrutura (GABAN e DOMINGUES, 2009).

Desse breve esclarecimento, avança-se aos argumentos que demonstram implicações contrários ao intervencionismo estatal nas relações concorrenciais, isto é, apontam-se consequências desfavoráveis e que presumem inoportunas as atuações do órgão antitruste.

Assim sendo, não se pretende sobrepor fundamentos em detrimentos de outros, mas apontar perspectivas que colaborem com uma análise geral a ser discutida em seção posterior.

4.2. A diferença entre alta concentração e monopólio

“A atividade econômica sempre foi e é a matriz de relações fundamentais de infraestrutura determinantes da superestrutura política e jurídica.” (FAZZIO JUNIOR, 2016). Ou seja, é de suma importância à disposição dos agentes econômicas na sociedade, uma vez que as suas atividades são influências diretas e indiretas na organização do Estado e no desenvolvimento social. Isso significa dizer que, em um exemplo abrangente, o indivíduo que assume os riscos de explorar o comércio varejista impactará a comunidade em que se encontra, haja vista o oferecimento de opções de compra aos moradores daquela localidade, a geração de empregos, a circulação de renda, além da obtenção de lucro ao comerciante.

Diante dessa premissa, visto essa relevância, tende-se a buscar a regulação dessas relações comerciais a fim de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes envolvidos. Contudo, esquece-se da natureza essencialmente espontânea e dinâmica que caracteriza as atividades econômicas, a qual nos permite dizer que diante da realidade e do constante fluxo do mercado o direito sempre estará há um passo atrás. É exatamente a inobservância dessa desvantagem da seara jurídica que propicia a ocorrência de atrocidades aos preceitos essenciais do livre mercado.

Nesse contexto, vale mencionar que o fim último das relações comerciais é o lucro, sendo este o fator primordial para que os empreendedores se arrisquem em atividades econômicas incertas, cuja rentabilidade é apenas uma especulação e as condições do ambiente podem influenciar de diversas formas os investimentos aplicados. Assim, a lucratividade é o Norte do empresário, cuja bússola sempre será o cliente que consome o seu produto ou usufrui dos serviços prestados, de tal maneira que o enfoque principal se direciona ao meio – consumidor – e não ao seu fim – o lucro.

Em outros termos, vale ressaltar, a partir das palavras do professor Ubiratan Iorio (2011), que as ações empreendedoras participam da dinâmica das informações na sociedade, por meio da qual os agentes coordenam suas ações levando em conta, de modo racional, as necessidades e desejos de outros indivíduos, o que transforma o empreendedor em um verdadeiro promotor do progresso econômico e do desenvolvimento social.

Por meio da afirmativa de Israel M. Kirzner (2012), pode-se apontar o empreendedor como um explorador que objetiva descobrir a oportunidade de obter lucro. Assim sendo, é

costumaz que se observe demandas de mercado e aplique-se esforços em suprimi-las, além de serem realizadas reservas a fim de cobrir os custos do empreendimento. Numa linguagem empresarial, o agente econômico organizará os fatores de produção, quais sejam, mão de obra, tecnologia, matéria prima e o capital (TEIXEIRA, 2018).

Imaginemos uma economia onde o alto preço da carne faz com que a caça pareça, no julgamento de A, um empreendimento lucrativo (para o qual é necessário apenas uma arma e os serviços de um caçador). Suponhamos que A resolva então entrar no negócio da caça e compre ou alugue uma arma (ao preço corrente de mercado). Essa compra é claramente uma compra empresarial. E se o “lucro” de uma semana — isto é, a receita de uma semana de caça menos o salário do caçador — excede o custo do aluguel da arma, então esse excesso é, visivelmente, puro lucro empresarial atribuível à compra da arma.

Se outros se dão conta da lucratividade da caça, outras “empresas” de caça aparecerão, elevando o custo das armas e baixando o valor de mercado da carne, até que esse tipo de lucro empresarial puro desapareça para novas empresas potenciais. O custo do aluguel semanal de uma arma, mais os salários semanais do caçador, exaurirão a receita total semanal da caça. (KIRZNER, 2012, p. 59).

A partir da alusão ao empreendimento da caça, torna-se palpável a mecânica atribuída na implementação de uma atividade empreendedora, além de neste momento já evidenciar sua relação com o âmbito concorrencial. Dessa maneira, conforme o conceito mencionado no capítulo anterior, as atividades empresariais estão inclusas no dinâmico processo do mercado e fomentam a sua constate reestruturação, bastando que não haja restrições à entrada de novos concorrentes, pois, ao ingressarem ocasionam a redução no valor de mercado daquele bem ou serviço, mesmo que isso propicie, proporcionalmente, a diminuição da margem de lucro.

Nesse cenário, sem perder de vista que o lucro é o fim último do empresário, torna-se imprescindível mencionar a relevância da inovação como elemento capaz de redesenhar o ambiente comercial. Isso significa dizer, utilizando-se da alusão ao caçador, que o atributo capaz de devolver o lucro empresarial puro àquele empreendedor que primeiro investiu naquela área é a sua capacidade de inovar nos processos mercantis, ao passo de novamente encontrar demandas consumeristas ou, até mesmo, fazer com que surjam necessidades antes não conhecidas pelos compradores. Em outros termos, isso exigiria, por exemplo, elevar o padrão de qualidade e manuseio da carne, inovar na apresentação do produto, acrescentar serviços complementares à atividade principal, investir em armamentos que proporcione alto rendimento nas caças, entre outros.

De modo conceitual, no meio empreendedorísticos trata-se a inovação como o “processo de levar valiosos novos bens (produtos e serviços) para o mercado, ou seja, passar da fase de formulação da ideia/conceito, para o lançamento bem-sucedido no mercado de um produto novo ou melhorado, ou o resultado desse processo, a fim de satisfazer necessidades explícitas ou implícitas de clientes existentes ou potenciais.” (WIPO/OMPI, 2019, p.5). Nesses termos,

fica claro e evidente que a inovação é o elemento que ressaltará a constante busca do empreendedor pelo lucro.

Assim sendo, é o processo de inovar que estimula a concorrência entre os agentes econômicos, pois, visualizando o mercado como um ambiente dinâmico, a competitividade será a força motriz da inovação, uma vez que proporcionará um destaque àquele que assume os riscos de alguma atividade inovadora. Para além, exige que os participantes do mercado estejam sempre atentos as necessidades dos consumidores, assim como a novas oportunidades de negócios, o que beneficia o consumidor, seja em qualidade, quantidade ou variedade.

Sob essa ótica, torna-se imprescindível mencionar o conceito de destruição criativa, do economista Joseph Schumpeter (1961, p. 110), entendido como o “processo de mutação industrial que revoluciona incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos”. Em outras palavras, trata-se do dinamismo constante no mercado, em que uma empresa ao inovar não deve se acomodar, porque logo poderá ser superada por outras novidades implementadas por concorrentes, exigindo dos agentes econômicos uma constante reinvenção do seu próprio negócio.

Nessa conjuntura, ao aplicar esses conceitos na seara concorrencial, implica dizer que os concorrentes que pouco inovarem estarão mais propensos ao fracasso nos negócios, enquanto aqueles que recorrentemente atenderem as demandas do mercado obterão maior lucratividade. Por consequência, haverá maior expansão dos agentes que forem mais eficientes, enquanto, por outro lado, naturalmente haverá a extinção daqueles menos competentes.

Isto posto, é importante ressaltar que o resultado dessa álgebra pode ser a alta concentração do mercado por parte de um agente econômico, haja vista o elevado nível de eficiência obtida por meio de constantes inovações, não sendo os seus concorrentes capazes de alcançá-lo num primeiro momento. Dessa forma, o relevante mercado obtido trata-se de verdadeiro prêmio pelo bem-estar do consumidor, o que consequentemente lhe garante maior margem de lucros.

Conforme defendido por André Ramos (2015), quando determinada empresa obtém significativa fatia do mercado, sem que haja barreiras legais a entradas de novos concorrentes, isso nada mais é do que o reflexo de sua eficiência em relação aos demais competidores, ao passo de ofertar serviços mais baratos, de melhor qualidade ou ambos. Desse modo, é plenamente justificável e admissível a ocorrência de altas concentrações, que recorrentemente são vistas como monopólios.

Nesse âmbito, não se deve compreender como monopólio a atuação de um único agente em determinado setor, dado que a sua noção original sempre esteve ligada à existência de

impedimentos ao ingresso de competidores, algo que não pode ser criado por nenhum agente econômico privado, por mais poder de mercado que ele ostente (RAMOS, 2015). Portanto, não há a necessidade de quantificar o mercado relevante com fins a limitar a atuação do empresário, pois a intervenção do estado nesse domínio econômico infere em significativas alterações no fluxo natural do mercado, ou seja, o competidor mais eficiente poderá não obter os lucros que naturalmente obteria, assim como o consumidor poderá ter oportunidades de serviços e produtos limitadas, uma vez que foi retirado o estímulo do empresário de alcançar a maior eficiência.

Segundo os ensinamentos de Friedrich Hayek (*apud* RAMOS, 2015), deve-se levar em consideração que os consumidores e empresários são indivíduos, e não coisas, e como tais estão em constante interação: aqueles, ao demandarem determinados bens e serviços, guiarão a atuação destes, os quais buscarão descobrir, antes dos seus concorrentes, não apenas quais são esses bens e serviços demandados, mas também quantos devem ser produzidos e a que preço devem ser ofertados. Não sendo o bastante, o autor ainda destaca que em um sistema de liberdade econômica irrestrita, uma posição monopolística de mercado só pode ser conquistada pela eficiência. Sem intervenções estatais, um empresário eficiente tende a crescer até atingir seu tamanho ótimo, quando os custos por unidade produzida são os menores (RAMOS, 2015).

Pelo exposto, para os autores contrários a proteção antitruste, não deveria haver preocupações quanto a formação de uma estrutura monopolista ou alta concentração em determinado setor do mercado, mas sim ater-se a existência de barreiras à entrada de novos competidores no mercado. Isso pois, com o livre mercado genuíno e atuação da livre iniciativa há a concorrência em potencial, isto é, a simples possibilidade de surgir competidores mais competentes, torna-se importante fator para impedir que os agentes econômicos não causem lesões ao ambiente concorrencial (HAYEK, 2010). Dessa forma, por concorrência potencial entende-se a “ameaça de entrada de novos concorrentes, atraídos pelas margens de lucro praticadas no mercado” (FAGUNDES e PONDE, 1998, p.3), sua relevância está exatamente em controlar os preços dos mercados concentrados e primar pela qualidade dos serviços e produtos oferecidos, independentemente se há condições monopólio ou não.

4.2.1. O fomento estatal aos monopólios

Sob o plano de fundo inicialmente apresentado, em que os monopólios são consequências naturais do dinamismo mercantil e a concorrência é vista como a ausência de barreiras à entrada de novos competidores, autores que adotam posicionamento mais liberal

compreendem estar na intervenção estatal o fomento para a promoção de monopólios ou oligopólios. Isso porque o privilégio concedido a determinados competidores infere diretamente no curso natural das demandas do mercado, distorcendo a realidade do ambiente concorrencial.

Nessa conjuntura, Bruno Leoni (2010) argumenta que a partir do momento em que o Estado se precipita em tentar resolver as ditas falhas do mercado, propondo ajudas legislativas que o regulem, tal atuação fere os concorrentes que se aperfeiçoariam em meio ao ambiente instável, bem como prejudica a entrada de competidores potenciais. Não sendo o bastante, a existência dessa margem de intervenção no domínio econômico abre espaço para que empresários menos eficientes pratiquem *lobby* em prol dos seus negócios, obtendo verdadeiras vantagens legislativas por meio de parlamentares.

Portanto, afirma-se que “é o Estado quem cria monopólios, duopólios e oligopólios, porque só ele pode criar barreiras legais à entrada de concorrentes.” (BROZEN, 1969, p. 72). É sob essa ótica que se aponta exemplos peculiares da política econômica brasileira, capazes de elucidar a crítica liberal e ensejar, posteriormente, estudos mais aprofundados em trabalhos futuros.

Desse modo, *a priori*, traz-se à baila breves levantamentos a respeito do mercado de aviação brasileiro, ocupante da 12ª colocação no *ranking* de passagens aéreas mais caras⁸ segundo estudos realizados em 43 países no ano de 2012. Nos estudos constatou-se que os principais fatores para o elevado preço das passagens estão no custo com combustível de aeronaves no Brasil – fornecido por empresa estatal monopolista –, assim como a carga tributária que incide sobre diversos fatores.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que por mais que venha ocorrendo uma flexibilização do setor aéreo a partir da década de 1990, assim como a implementação de políticas públicas, a regulamentação por parte da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) propicia um ambiente que se assemelha a um oligopólio, tendo em vista que o país conta com limitado número de Companhias aéreas em voos domésticos, sendo o mercado dominado pelas empresas GOL, LATAM, AZUL e AVIANCA. Isso implica dizer, que por ser um setor com constantes intervenções do governo observa-se distorções mercantis que refletem na qualidade do serviço e nos custos das passagens aéreas (PINTO, 2016).

A respeito, o professor Bernardo Santoro (2013) assevera que a ANAC promove um verdadeiro oligopólio nacionalista por meio de concessões específicas para operar em certas

⁸ Estudos realizado pelo serviço alemão Go Euro, conforme informações do site Uol. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/09/03/brasil-tem-12-passagem-de-aviao-mais-cara-entre-43-paises.htm>, acesso em 27. Set. 2019.

linhas lucrativas, de modo que o resultado final é o controle estatal da malha aérea e proporcionalmente condições prejudiciais ao consumidor. Do mais, até o dia 17 de julho de 2019, de acordo com os artigos 181 a 186 do Código Brasileiro de Aeronáutica, as companhias aéreas poderiam conter apenas 20% de capital estrangeiro, sendo tal previsão revogada pelo Lei n. 13.842/2019, o que demonstra o início da abertura do mercado de aviação⁹.

Nesse cenário, o Prof. Dr. Vitor C. Pinto (2016) defende que as regulamentações da ANAC no setor são prejudiciais ao consumidor, de modo que os preços só reduzirão e a qualidade do serviço só melhorará a partir da efetiva liberdade de entrada no mercado. Dessa forma, advoga pela revogação do art. 216 do Código Brasileiro de Aeronáutica¹⁰, com a finalidade de eliminar as restrições à operação de linhas domésticas por empresas estrangeiras, por consequência permitindo a prática da cabotagem.

A Cabotagem é o transporte de passageiros e de carga em trechos nacionais realizado por uma linha internacional, de modo a maximizar lucros das companhias, além de ampliar a concorrência e a oferta de voos em diversos trechos. No entanto, a realidade brasileira é que com a inviabilidade jurídica dessa prática diversas aeronaves de empresas externas permanecem ociosas em solo nacional, por mais que realizem escalas entre diversas cidades do Brasil - cuja dimensão é continental -, além desse tempo estacionamento em aeroportos internacionais colaborar para ocorrência de congestionamentos (SENADO FEDERAL, 2010).

Portanto, a partir do pensamento liberal exposto, compreende-se que são a incidência de legislações restritivas, agências reguladoras e privilégios concedidos por entes estatais os verdadeiros responsáveis por fomentar a criação de monopólios. Por consequência, lesa-se a genuína concorrência ao impedir que o mercado atue de maneira orgânica, sendo os consumidores os principais prejudicados.

4.3. A legitimidade dos carteis voluntários

À primeira vista os carteis são vistos de modo pejorativo, pois, há no senso comum a compreensão de que os acordos entre empresários irão trazer prejuízos aos consumidores, bem como desvantagens aos demais concorrentes. Esse receio pode ser observado a partir da célebre frase do clássico economista Adam Smith (1996), ao mencionar que “homens de negócio do mesmo ramo raramente se reúnem, mesmo para o lazer ou a confraternização, sem que a

⁹ Estabelecida a abertura do mercado de aviação civil brasileiro ao capital estrangeiro. **Tozzini Freire advogados**, 2019. Disponível em <http://tozzinifreire.com.br/boletins/estabelecida-a-abertura-do-mercado-de-aviacao-civil-brasileiro-ao-capital-estrangeiro>, acesso em 27. Set. 2019.

¹⁰ Art. 216. Os serviços aéreos de transporte público doméstico são reservados às pessoas jurídicas brasileiras.

conversa acabe numa conspiração contra o público ou em alguma manobra para aumentar os preços”.

Diante dessa acusação consubstanciada em aparente falha do livre mercado, a qual abre margem para justificar a intervenção do estado no domínio econômico, os economistas clássicos tecem algumas ressalvas a respeito da temática. Nesse sentido, conforme mencionado por Israel Kirzner (2000) ao defender a perspectiva econômica austríaca, mesmo diante de conluio entre empresas, capazes até mesmo de ferir a concorrência daquele setor, a formação de acordos entre agentes econômicos deve ser entendida como uma medida concorrencial em si mesma, uma vez que, não havendo nenhuma barreira artificial a entrada de novos competidores, os cartéis serão parte do processo dinâmico do mercado.

Tal entendimento se justifica pelo fato de que ninguém sabe quando um preço está "alto demais", porque somente quando há o processo de concorrência e de livre entrada que se pode perceber o preço ideal ou mais baixo possível de um modo sustentável. Havendo o livre mercado, as empresas cartelizadas ao tentarem manter seus preços elevados podem estar, de forma involuntária, atraindo novos concorrentes, os quais apresentarão preços justo ou mais competitivos. Já na hipótese de não ocorrer a entrada de concorrentes em potencial, deve-se analisar se a formação do cartel não é a maneira mais plausível em decorrência dos custos de atuação naquele mercado (KISNER, 2000).

A fim de melhor ilustrar a defesa da legitimidade concorrencial dos cartéis, veja por exemplo a hipótese de cartel formado entre postos de gasolina, em que os agentes econômicos uniformizam o preço do combustível a fim de obtém maior margem de lucro, ou seja, o distribuidor de combustível e os fornecedores fariam acordo de preço e de exclusividade, obrigando os consumidores a adquirirem o produto no valor estipulado. Nesse caso, sob a ótica do livre mercado, não havendo regulamentação ou monopólio do distribuidor de combustível, nada impediria que novos postos ou distribuidores – concorrentes potenciais – entrassem naquele mercado, revelando preços mais justos e conseqüentemente desfazendo àquele conluio anterior por meio da genuína concorrência.

O oposto do exemplo supracitado está na recorrente formação de cartéis realizado em postos de gasolina no Brasil. De acordo com artigo escrito pelo auditor fiscal Ricardo Bordin (2018), há pouca variação de preço dos derivados do petróleo dentro da mesma unidade geográfica do país, induzindo o consumidor a condenar os proprietários de postos de gasolina pela prática de cartéis. No entanto, o autor explica que há duas explicações para essa ocorrência, a primeira decorre do monopólio estatal praticado pela exploração e refino do petróleo por meio

da Petrobrás¹¹, conseqüentemente controlando o preço do combustível no início da cadeia produtiva. Já o segundo argumento está na forte regulamentação feita pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, que torna os custos mais elevados para investimentos nessa área de combustível, sem contar com diversos tributos e alvarás emitidos por órgãos estatais, que corroboram com a dificuldade de entrada de novos competidores.

Em suma, mercados com maior regulação e com imposição legal de barreiras à entrada de novos competidores são férteis para realização de cartéis, de modo a prejudicar o consumidor, não pelo cartelização em si, mas pelas imposições estatais que torna o ambiente burocrático e inviabiliza as dinâmicas do livre mercado. Sob essa ótica, segundo Murray Rothbard (2004, p.82), os cartéis devem ocorrer de forma voluntária, como parte do processo dinâmico do mercado, pois entende que “não há diferença, em conceito, entre um cartel, uma fusão ou a formação de uma empresa; todas são partilhas voluntárias de bens em uma empresa para servir aos consumidores de maneira eficiente.”.

Do mais, Rothbard afirma que não nada de imoral nos produtores restringirem a produção e a venda de seus bens de forma individual ou por meio de cartéis, a fim de aumentar os seus lucros, haja vista que as transações entre comerciante e consumidores são voluntárias, isto é, o cliente adquire produtos ou serviços de acordo com a sua satisfação. Desse modo, encontrando-se em meio a um cartel, o consumidor poderá abdicar-se do consumo daquele produto ou substituí-lo por outro, de modo a boicotar as empresas coadunadas.

Dessa maneira, conforme dispõe André Ramos (2015), em um ambiente concorrencial “ninguém é obrigado a firmar um contrato com uma empresa, de modo que todos os bens e serviços ofertados no mercado possuem um “preço justo”, o qual, na visão dos consumidores, vale a pena ser pago. Portanto, o Estado não pode determinar a abusividade dos preços em meio a um cartel, pois, devem ser livremente determinados pelo livre mercado, em razão da interação voluntária entre empresários e consumidores. De modo geral, aponta que os cartéis devem ser vistos como o resultado de cooperação empresarial, com a finalidade de aumentar os ganhos dos membros cartelizados, resguardando sua legitimidade no livre mercado.

Já em outra linha argumentativa, André Ramos (2015, p.114), destaca que a formação e subsistência dos cartéis sofrem de uma instabilidade crônica, uma vez que, dentre os acordos firmados, “se o preço combinado for muito alto, concorrentes em potencial aparecerão e produtos substitutos ganharão a preferência dos consumidores; se as quotas fixas de produção se mostrarem baixas para um membro, ele sabotará o acordo”. Assim sendo, sendo tais acordos

¹¹ “O Brasil conta hoje com 17 refinarias. Desse total, a Petrobras é dona de 13 unidades, que, juntas, respondem por 98% do petróleo refinado no Brasil”. (ROSA; ORDONEZ, 2017).

promovidos com intuito de maximizar os lucros dos empresários, aqueles agentes que notarem estar obtendo lucros abaixo do esperado ou estipulado não permaneceram no conluio.

Sob essa ótica, André Ramos (2015) defende assevera que a única maneira de um cartel obter êxito e se manter funcionando por tempo considerável, de modo que consiga elevar os preços e diminuir a produção sem estar ameaçado pela pressão competitiva externa, é por meio do auxílio estatal. A intervenção pública tolhe a concorrência potencial, exige requisitos que impedem a entrada de novos competidores, conseqüentemente favorecendo os cartéis já constituídos. Em outros termos, afirma-se que “O ataque à livre concorrência não vem da formação do cartel em si, mas das barreiras à entrada que permitem sua manutenção bem-sucedida, ao retirarem dos consumidores a proteção oferecida pela concorrência potencial.” (RAMOS, 2015, p. 115).

Por derradeiro, o pensamento dos economistas clássicos ressalta que a concorrência é um processo de descoberta e de rivalidade, em que os empreendedores buscam encontrar o tamanho ótimo da sua empresa ou de melhor grau de concentração de determinado setor, que depende da liberdade de competir, por consequência, também requer a Liberdade de cooperação entre os agentes (RAMOS, 2015). Dessa forma, impedir a formação de cartéis é desvirtuar o caráter dinâmico do mercado, uma vez que o acordo entre empresas pode ser benéfico ao consumidor, seja pelo próprio ambiente concorrencial, seja pela atração de concorrentes em potencial.

4.4. A efetiva liberdade de iniciativa e livre concorrência

Diante das lesões a livre concorrência e ao natural processo de transformação do mercado, decorrentes de intervenções estatais negligentes segundo os economistas clássicos, deve-se ressaltar as atuações que realmente efetivem a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, pautando-se no conceito inicial deste capítulo, qual seja, a concorrência enquanto um processo de redescoberta do mercado, ausente quaisquer barreiras legais a entrada de novos competidores. Sob essa ótica, num primeiro momento deve-se analisar como extinguir ou minimizar as agressões estatais à concorrência, haja vista serem desnecessárias em ambientes de livre mercado genuínos.

Nessa conjuntura, André Ramos (2015) lança determinados questionamentos sobre quais seriam as melhores medidas a fim de impedir a constrição da livre concorrência praticada pelo Estado, ou seja, abre a indagação sobre o que poderia uma autoridade antitruste fazer diante da regulamentação estatal de profissões, capazes de construir reservas de mercado, assim como

levanta a atuação necessária para evitar a adoção de políticas protecionistas, que impede o exercício de empresas estrangeiras em determinados setores do mercado nacional. A respeito, não é objetivo desse trabalho apresentar soluções concretas aos apontamentos realizados, mas sim refletir juridicamente sob as medidas legislativas ou políticas cabíveis.

Dessa forma, argumenta-se que dentre as agressões estatais a livre iniciativa está a exacerbada atuação das agências reguladoras, com atuação próxima ao do órgão antitruste, sendo àquelas compreendidas enquanto autarquias em regime especial, criadas e extintas por lei, cuja finalidade é regulamentar, controlar e fiscalizar a execução dos ditos serviços públicos concedidos ao setor privado (NOHARA, 2019). Cita-se, por exemplo, a ANAC, que colabora para que companhias aéreas estrangeiras não operem voos domésticos e a Agência Nacional de Cinema (ANCINE), por sua vez, impondo quotas de programação nacional às empresas de TV a cabo.

A partir desse cenário, a fim de efetivar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, André Ramos (2015) aponta que os órgãos antitruste deveriam ampliar sua margem de atuação, deixando de observar apenas as relações horizontais entre particulares, mas focar principalmente nas entidades capazes de prejudicar os consumidores por meio das suas intervenções no domínio econômico, como no caso das agências reguladoras. Dessa maneira, propõe-se que fosse apresentado parecer ou alguma comunicação entre os entes estatais a fim de verificar a viabilidade concorrencial das medidas adotadas, ao passo de não inferir no dinamismo do livre mercado.

Assim, Eduardo F. Jordão (2009, p.6-7), aponta algumas das consequências prejudiciais da regulamentação, cuja intervenção do órgão antitruste poderia evitar nos próprios atos públicos, quais sejam

- (i) erigir barreiras à entrada e à saída de mercado;
- (ii) estabelecer vantagens competitivas artificiais para produtores específicos;
- (iii) promover assimetrias informacionais;
- (iv) impedir concorrência em determinados aspectos do produto;
- (v) impor custos financeiros e de gestão que poderão retirar recursos das atividades mais produtivas e dos investimentos;
- (vi) influir na escolha tecnológica;
- (vii) comprometer a flexibilidade e a liberdade empresarial;
- (viii) reduzir a produção; e
- (ix) promover a elevação de preços dos bens e serviços.

Pelo exposto, uma proposta de atuação perante o cenário nacional é a denominada advocacia da concorrência, que de acordo com a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), trata-se de atividades conduzidas, em sua maioria, por autoridades públicas com o intuito de promover a concorrência por meio de ferramentas preventivas e fomentar a construção de uma cultura concorrencial.

4.4.1. Advocacia da concorrência

Em outros termos, a *International Competition Network (ICN)* a define como:

A advocacia da concorrência refere-se às atividades desenvolvidas pela autoridade antitruste relacionadas com a promoção de um ambiente competitivo para atividades econômicas, por meio de mecanismos de *non-enforcement* [ou seja, mecanismos que não se enquadrem no controle preventivo ou na atuação repressiva], principalmente por meio de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da sensibilização do público para os benefícios da concorrência. (RAMOS, 2015, p. 176).

A partir desse conceito, tem-se como principais medidas adotadas em prol da concorrência a realização de estudos e a promoção de eventos acadêmicos com o objetivo de divulgar a importância da livre concorrência, manifestações preliminares sobre projetos ou atos normativos que lesionem o ambiente concorrencial, assim como a atuação em processos judiciais cujo objeto da lide envolva causa-efeito anticompetitivos (RAMOS, 2015). Essa defesa da concorrência em diversas esferas é fundamental para compreensão das relações comerciais desenvolvidas, além de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes envolvidos e, por consequência, estimular investimentos e o empreendedorismo no Brasil.

Do mais, a atuação da advocacia da concorrência possui respaldo legal, conforme previsto no art. 19 da Lei n. 12.529/2011, estando sob a responsabilidade da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), sucessora da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Veja.

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico **promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade** cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo. (Grifou-se).

Sendo assim, respaldada em sua competência legal, a SEPRAC, antes SEAE, já advogou em prol da concorrência em casos relevantes, tal como na Nota Técnica n.º 06091/2013/DF COGUN/SEAE/MF, em que recomendou ao Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) e ao Ministério Público Estadual do Piauí sobre a ilegalidade e efeitos danosos à concorrência provocados por norma expedida pelo Detran/PI, que visava tabelar os preços dos serviços prestados pelos Centros de Formação de Condutores (CFCs). Nesse caso, esclareceu que a fixação de preço em mercados concorrenciais prejudica o próprio consumidor, uma vez que essa regulamentação inadequada desestimula os agentes a buscarem inovações que beneficie os clientes, além de prejudicar a melhoria de métodos de trabalho e gestão.

No entanto, como destacado por André Ramos (2015), a advocacia da concorrência é ainda exercida de forma muito tímida no Brasil, principalmente no que concerne ao combate as agressões estatais a livre concorrência. Como assevera Mises (2010), em a mentalidade anticapitalista, atribui-se uma áurea progressista e infalível as atuações do Estado, deixando-se em segundo plano os desenvolvimentos decorrentes das atividades empresariais, isto é, sob a ótica dos órgãos antitruste, apenas os particulares podem limitar as dinâmicas concorrenciais, nunca as próprias intervenções estatais no domínio econômico.

Já por outro lado, a efetividade da liberdade de iniciativa e da livre concorrência depende do eficaz combate ao *lobby*, ou seja, havendo no país uma robusta e burocrática estrutura estatal que constantemente interfere na economia, a possibilidade de corrupção e influência de empresários pouco eficientes ou que apenas queiram resguarda politicamente os seus negócios é relativamente alta. A afirmativa decorre do fato das regulamentações e outras intervenções estatais serem benéficas para os agentes econômicos que atuam em setores da economia que favorecem o governo e vice-versa, como desvendado pela Operação Carne Fraca¹².

No Brasil, André Ramos (2015), procurador da autarquia antitruste, aponta que a temática não é muito debatida, porém já há precedentes em meio a jurisprudência do CADE que inviabilizaram e reprimiram a prática do *lobby*. No caso em comento, o Sindicato do

¹² A Operação Carne Fraca é uma operação deflagrada pela Polícia Federal do Brasil em março de 2017, em que apontou que as maiores empresas do ramo são acusadas de adulterar a carne que vendiam no mercado interno e externo. Além disso, apontam a participação de agentes do governo acusados de liberar os produtos, mais especificamente fiscais do Ministério da Agricultura que se beneficiaram do esquema.

Comércio varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (SINPETRO-DF) buscava a aprovação de Projeto de Lei que impedia a instalação de postos de abastecimento de combustível em supermercados, teatros, *shopping centers*, cinemas, cujo principal concorrente beneficiário seria a empresa multinacional Carrefour. Diante da tentativa de influência dos empresários, o órgão antitruste condenou o sindicato e duas empresas revendedoras, sendo ao final aprovada a Lei Complementar nº 911, de 31 de março de 2016, em sentido contrário, que aprovou a presença de posto de combustível naquelas localidades.

Pelos os argumentos até aqui expostos, faz-se necessário mencionar que a atuação da advocacia da concorrência não é suficiente para construir uma cultura de livre mercado no país, pois, para obtenção de resultados eficazes pressupõe-se a adoção de maior autonomia e independência do próprio órgão antitruste. Isso significa blindá-lo ao máximo de pressões políticas e de submissões regulatórias, evitando-se indicações políticas e tornar claro aos seus agentes executivos os princípios da liberdade econômica e da livre iniciativa, sendo prescindível a atuação de burocratas em instituição de tamanha relevância ao desenvolvimento da sociedade (RAMOS, 2015). Nesse sentido, Fernando Aguillar aponta os principais elementos garantidores de uma atuação mais livre por parte do órgão antitruste.

Os pontos fundamentais que determinam a autonomia do órgão regulador em relação ao Executivo são: (a) o processo de indicação de seus integrantes (quanto menor poder de nomeação detiver o Executivo, maior será a autonomia do órgão); (b) a sua independência orçamentária e financeira (sua manutenção não pode depender de verbas do orçamento do Poder Executivo); e (c) a garantia de inamovibilidade aos seus membros (que desempenhariam mandatos por tempo determinado). (AGUILLAR, 2012, p. 232).

Contudo, a frágil concorrência no Brasil é reflexo da própria estrutura organizacional do CADE, uma vez que, por se tratar de autarquia sob regime especial, a nomeação dos seus dirigentes ocorre por meio de ato complexo, que depende da indicação do Poder Executivo e aprovação do Legislativo. Do mais, os mandados possuem longa duração, além das decisões não aceitarem a aplicação de recursos administrativos impróprios, isto é, destinados a órgãos hierarquicamente superior.

Diante disso, questiona-se o alcance da missão institucional do CADE, sendo a conjuntura interna e externa contrária ao zelo pela livre concorrência no mercado. Dessa forma, André Ramos (2015) aponta ser complexo a atuação do estado no domínio econômico, haja vista que sua atuação ocorre por meio de leis, sendo estas, em muitos casos, a responsável por sustentar atuações anticoncorrenciais, considerando como imprescindível a extinção de normas desse cunho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar a temática do Direito antitruste é uma tarefa relevante assim como complexa, haja vista a amplitude e os diversos desdobramentos intrínsecos das relações concorrenciais. Desse modo, torna-se salutar explorar o tema, principalmente sob a seara jurídica, a fim de compreender a relação entre público e privado, a interação entre os atores do mercado, bem como as consequências da intervenção do Estado no domínio econômico.

Dessa forma, foi necessário iniciar a discussão a partir de uma contextualização histórica, descrevendo a atmosfera que fertilizou o ambiente Norte Americano para a promulgação do *Sherman Act*, normativa pioneira e de grande relevância para a Política concorrencial dos Estados Unidos, responsável, ainda, por influenciar a criação de legislações similares por todo o mundo.

Não sendo o bastante, a abordagem instiga costuma reflexão feita no início das graduações jurídicas, qual seja, a sociedade molda o direito ou o contrário? Isso porque as fontes históricas apontam e desnudam todos os vestígios de que o controle da concorrência realmente fosse em prol do mercado, sendo ressaltada a prática de *lobby* por parte de agricultores menos eficientes, além de salientar o caráter protecionista dos políticos americanos. Assim, conforme discutido no decorrer do primeiro capítulo, a propositura de uma legislação antitruste vai na contramão do desenvolvimento econômico existente naquele período, uma vez que o pós-Guerra Civil trouxe um ambiente de avanço industrial, resultado da vitória da Região Norte sobre a Sul.

Por essa razão, uma leitura acrítica daquele período histórico pode transparecer que o excesso de liberdade econômica trouxe falhas ao mercado, motivando-se a propositura legislativa em prol do bem-comum, isto é, acionar o Poder Legislativo para estabilizar incongruências na sociedade, no caso, no próprio mercado. Contudo, os efeitos práticos notados são exatamente opostos, ou seja, a partir da vigência de normativas que regulam a concorrência é o mercado que se torna obrigado a adaptar sua dinâmica as proposições estatais, consequentemente modificando uma realidade já posta.

No entanto, deve-se ressaltar que o Poder Legislativo não pode ser privado de sua função típica, vista principalmente na elaboração do regramento jurídico do Estado. Portanto, ignorado a ausência de pertinência fática para implementação de um sistema antitruste, a intenção de promover a concorrência é pertinente, bastando que haja maiores estudos antes que ocorram interferências por parte do Poder Público.

Do mais, o anseio do Estado em efetivar o bem-comum, por vezes, não analisa resultados de médio a longo prazo, como no exemplo do Governo do Distrito Federal, que almejava fixar os preços do CFC's, sem sequer analisar os resultados decorrentes dessa medida. Essa intervenção imprudente apenas colabora para que o país não tenha segurança jurídica nas relações mercantis, de modo que no Poder Legislativo a qualquer momento um parlamentar pode propor norma que esteja destoante da realidade do mercado, além da possibilidade de favorecer interesses escusos.

Já no Poder Judiciário, essa insegurança está refletida na ausência de pragmatismo ou proximidade da realidade por parte dos magistrados, permitindo que a justiça altere relações contratuais e negócios jurídicos que são típicos da seara empresarial, portanto contam com determinados riscos, que normalmente são ignorados nas decisões dos juízes, de modo a distorcer o interesse das próprias partes. Esse cenário afeta diretamente os ambientes concorrenciais, pois, nessa conjuntura não há fomento ao empreendedorismo ou a investimentos empresariais, por consequência, reduz-se a competitividade e prejudica o próprio consumidor.

Por outro lado, ao observar a atuação do CADE, nota-se que prepondera a atividade repressiva, cumprindo de modo restrito o que está na Lei n. 12.529/2011. Porém, é perceptível que adotar procedimentos de cunho estático pode além de não alcançar os fins almejados, também podem distorcer a dinâmica natural do mercado, impedindo a livre concorrência, constitucionalmente resguardada.

Nesse contexto, a partir dos fundamentos apresentados sobre antitruste, percebe-se que quando colocado em avaliação com qualquer outro direito constitucional, a livre concorrência é frequentemente subavaliada, ou seja, em uma ponderação é costumaz sobressair outro princípio constitucional. Isso reflete, além de uma ótica intervencionista, uma perspectiva mais social por parte dos agentes envolvidos com o Direito Concorrencial, pois, adotam o conceito de justiça social a partir da constante presença do Poder Público.

Nessa conjuntura, nota-se uma distorção do princípio constitucional da legalidade, em que é permitido ao particular realizar tudo que não lhe seja legalmente proibido, uma vez que sua atuação depende sempre de prévia intervenção do Estado, seja na consolidação de determinadas atos empresariais, seja na sua relação com outros agentes econômicos. Dessa maneira, a presença do Poder Público se torna demasiada, além de torna o ambiente mercantil mais burocrático e instável, além de desestimular investimentos empreendedorísticos.

Ressalta-se, nesse medeio, que não se propõe a integral extinção das normativas concorrências, pois, conforme as regras do Estado Democrático de Direito, as instituições

presentes no país sempre exerceram suas forças em prol dos objetivos que melhor atendam às suas necessidades. No caso, já existe uma estrutura completa e orgânica, a exemplo do CADE e as agências reguladoras, cuja exclusão demandaria além de uma alternativa sólida, a articulação política de muitos agentes políticos.

Dessa forma, conforme disposto nas exposições dos motivos da MP 881/2019, deve-se utilizar das ferramentas estatais para reduzir o próprio tamanho do Estado. Nesse contexto, a Declaração da Liberdade Econômica, promulgado no decorrer da produção deste estudo, traz consigo dispositivos legais que impedem a atuação do Estado de modo negligente, além de garantir maior liberdade de atuação aos empresários.

Como entrou em vigor recentemente, ainda não se pode avaliar os resultados da Declaração da Liberdade Econômica para os ambientes concorrenciais, mas abre-se espaço para pesquisas nessa temática. Do mais, as limitações da presente monografia não permitem que seja contemplado maiores disposições a respeito da medida legislativa, cabendo a realização em trabalhos futuros.

De modo geral, faz-se necessário mencionar a importância da discussão dialética a respeito do direito antitruste, pois, maiores estudos a respeito de cada fundamento aqui levantado poderão possibilitar o aperfeiçoamento ou exclusão dos institutos do Direito Concorrencial, a fim de efetivamente tornar o mercado atrativo a investidores, bem como aos consumidores. Por essa razão, a academia, por meio de estudos interdisciplinares, deve sempre analisar os benefícios, impactos e justificativas para ocorrência de atos públicos voltados a limitar ou regular setores competitivos. Esse trabalho além de favorecer a comunidade diretamente afetada pelas relações comerciais efetuadas naquele ambiente, também é relevante para o aquecimento da economia nacional, sendo também influente no desenvolvimento socioeconômico da sociedade.

Portanto, a presente monografia demonstrou a necessidade de estudos pormenorizados a respeito dos fundamentos que justificam a intervenção do Estado no domínio econômico, pois, o direito concorrencial no Brasil, na forma como se encontra, reduz a própria concorrência. Assim, cabem maiores levantamentos sobre os espaços de atuação do Estado que são prejudiciais ao cidadão, retirando-se sua intervenção e permitindo que os preceitos constitucionais de liberdade iniciativa e livre concorrência sejam efetivados.

Cabe ressaltar, nesse âmbito, que o livre mercado não se apresenta enquanto uma panaceia, pois, existirá entraves no livre mercado assim como existem em mercado regulados. O que se propõe nesses casos é que as soluções sejam as mais naturais possíveis, haja vista que os ambientes concorrenciais são dinâmicos. Isso significa dizer que uma empresa poderá sim

exercer momentaneamente monopólio, assim como formar carteis e elevar os preços dos produtos, mas que essa disposição será apenas momentânea, além de repercutir em efeitos que colocam em risco o domínio daquele mercado.

Além disso, a alegação de que a concorrência é um instrumento para efetivar o desenvolvimento do mercado e da sociedade deve ser constantemente revisada, pois, parafraseando o juiz de direito Bruno Bordat, Políticas Públicas não podem ser medidas por suas intenções, mas sim pelos seus resultados. Desse modo, é relevante que trabalhos acadêmicos capazes de demonstrar a atuação ineficaz do Estado sejam constantemente produzidos, a fim de ensejar articulações políticas e jurídicas capazes de reduzir o tamanho do Estado, retirando-lhe de áreas desnecessárias, como observado nos argumentos contrários ao direito antitruste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES, Maria Luísa. A Teoria dos Jogos e os Oligopólios. **Angola: Multitema**, 2004.
- ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta. **Valor, capital e instituições sociais em Carl Menger: as contribuições de uma obra inacabada**. - Belo Horizonte: UFMG / CEDEPLAR, 2013.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BAER, Werner...[et al]. As Modificações no Papel do Estado na Economia Brasileira. **Pesquisa e Planejamento**, vol. 3, no. 4, dezembro de 1973.
- BESOUSSAN, F. G.; GOUVÊA, M. de F. **Manual de Direito Econômico**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- BORENSTEIN, Carlos Raul. Regulação e gestão competitiva em setores de infra-estrutura: a procura de um equilíbrio dinâmico. **Revista de Administração Pública**, v. 33, n. 4, p. 47-62, 1999.
- BRANCO, Fernando. **Economia Aplicada**. Universidade Católica Portuguesa. 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, nov 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm, acesso em 10 set. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasil, DF, maio 1996. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&targetText=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20regula,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&targetText=Art.%205%C2%BA%20Consideram%2Dse%20bens,os%20direitos%20de%20propriedade%20industrial., acesso em 10. Set. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasil, DF, dez 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm, acesso em 25. Set. 2019.
- BROZEN, Yale. *Is government the source of monopoly?* **Orbis**, n. 4, v. XII, p. 67-78, nov. 1969.

CABRAL, Mário André Machado. O sentido de “economia popular”: a origem do antitruste no Brasil nos anos 1930. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 1, p. 30971, 2019.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. 2016.

CADE. **Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência**. 2018. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf, acesso em 3. Out. 2019.

CARVALHO, Nuno T. P. **As Concentrações de Empresas do Direito Antitruste**. Resenha Tributária. São Paulo. 1995.

CARVALHOSA, Modesto. **Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: RT, 1967.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2007. 206 f. Dissertação (Mestre em Direito Político e Econômico). - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

CORRÊA, Mariana Villela. **Abuso de posição dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-10042013-131710. Acesso em: 2019-09-01.

COSTA, Carlos José de Castro. **Monopólio Natural: A Legitimação do Monopólio Para Minimizar Os Custos De Produção**. Conpendi.,

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DE CARVALHO, Vinícius Marques; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Ed.). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Governo Federal, Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica-Cade, 2013.

DE LACERDA, Antônio Corrêa, [et al.]. **Economia brasileira**. Organizadores José Márcio Rego, Rosa Maria Marques; colaboração especial Rodrigo Antonio Moreno Serra. — 4.ed. — São Paulo : Saraiva, 2010.

DE LIMA, Venício A.; DE ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo;. **Monopólio ou oligopólio? Contribuição ao debate**. **CONSTITUIÇÃO**, 2015.

DE OLIVEIRA, Ana Carolina Rovida. **Operações de concentração e cooperação econômica. Consultor Jurídico**. 2011. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-mar-05/control-preventivo-sistema-brasileiro-defesa-concorrenca>, Acesso em 29 jul. 2019.

DRUMMOND, José Augusto. As grandes ferrovias e o capitalismo monopolista nos EUA do século XIX. **Topoi (Rio de Janeiro)**, v. 14, n. 26, p. 179-183, 2013.

ECONÔMICA, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA. Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal. **Brasília/DF: Governo Federal-Ministério da Justiça**, 2016.

FAGUNDES, Jorge. Economia institucional: custos de transação e impactos sobre política de defesa da concorrência. **Revista de Economia Contemporânea**, v. 2, p. 119-144, 1997.

FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, J. Barreiras à entrada e defesa da concorrência: notas introdutórias. **Texto para discussão**, n. 1, 1998.

FARJAT, Gerard. *Droit économique*. Col. Thémis. em Universitaires du France, 1971.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. **REVISTA DA AGU**, v. 8, n. 21, 2009.

_____. **Lições de Direito Econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FICI, Ricardo Petrillo. **O sistema ferroviário mundial: o caso brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. – 9. ed rev., atualiz. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FICI, Ricardo Petrillo. **O sistema ferroviário mundial: o caso brasileiro**. 2017. Tese (Doutorado em Geografia Humana) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. doi:10.11606/T.8.2018.tde-02022018-153134. Acesso em: 2019-05-07.

FURTADO, R.D. **Abuso de posição dominante no Mercosul e na União Européia: uma análise da concorrência e seus efeitos**. [Dissertação de mestrado], Programa de Pós-graduação em Direito - PUC, São Paulo, 2011.

GABAN, E.M; DOMINGUES, J.O. **Direito antitruste: o combate aos cartéis** – São Paulo: Saraiva, 2009.

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Ação, Tempo e Conhecimento: A Escola Austríaca de Economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2011.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era do Capital – 1848-1875**. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 3 ed. Saint Paul: Thomson/West, 2005.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. No. 17, fev./mar./abr. 2009. pp. 6-8.

KARNAL, Leandro [et al]. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. - São Paulo: Contexto, 2007.

KIRZNER, Israel M. **Competição e atividade empresarial**; tradução de Ana Maria Sarda. – São Paulo : Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012.

KOTLER, Philip. KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. - 12. ed. - São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei**. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

LUFT, Alison; ZILLI, Julcemar Bruno. Concentração de mercado: uma análise para a oferta de crédito pelo setor bancário brasileiro. **Revista Teoria e Evidência Econômica**, v. 19, n. 41, 2013.

MAGALHÃES, G. A. C. de. **O abuso do poder econômico: apuração e repressão**. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

MAGGI, Bruno Oliveira. **Cartel** [livro eletrônico]: responsabilidade civil concorrencial - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-28012011-140203. Acesso em: 2019-09-23.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. - 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2019.

MCNULTY, Paul J. *A note on the theory of perfect competition*. **Jornal of Political Economy**. Vol 75. 1967.

MIRANDA, Maria Bernadete. O Monopólio e o Oligopólio. **Revista Virtual Direito Brasil – Volume 5 – nº 2 – 2011**.

MISES, Ludwig von. **A Mentalidade Anticapitalista**. - São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONTEIRO, Carmen Diva B. Política Antitruste no Brasil: Fragilidades e Horizontes. In. **EnANPAD 2002**. 26ª Ed. Salvador – BA, 2002, p1-15.

_____. **Política antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Gesner. Oligopólio não é cartel. **Folha de S. Paulo**. 2003. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1005200305.htm> acesso em 24 set. 2019.

_____, Gesner. **Elementos econômicos para uma revisão da Lei 8884/94**. Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001.

PANDOLFI, Dulce Chaves. **Os anos 30: as incertezas do regime**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 22., 2003, João Pessoa. Anais... João Pessoa: Associação Nacional de História - ANPUH-Brasil, 2003. p. 1-7.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 2ª ed. EUA, Macmillan, 1992.

POSSAS, Maria Silvia. **Concorrência e competitividade: notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista**. 1993. 245 f. Tese (Doutorado em Economia). – Universidade de Campinas, Campinas, 1993.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 3, n. 5, p. 10-35, 1996.

ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito antitruste e crise-perspectivas para a realidade brasileira**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-17122013-082130. Acesso em: 2019-05-15.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste** – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSA, Bruno; e ORDONEZ, Ramona. Volume de petróleo processado na Petrobrás é o menor desde 2010. **O Globo**. 2017. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/volume-de-petroleo-processado-na-petrobras-o-menor-desde-2010-20827366>, acesso em 02. Out. 2019.

ROSA, Edson Teixeira da. **O consumidor e os mecanismos de financiamento para a compra de automóveis na Grande Florianópolis após o plano real**. Monografia (Graduação em Economia) - UFSC. Florianópolis. 1997.

ROTHBARD, Murray N. **Governo e Mercado: a economia da intervenção estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito; Alessandra Lass. - São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012.

SALGADO, Lucia Helena. **As políticas de concorrência (ou antitruste):** um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. 1992.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial:** As Estruturas. São Paulo:Ed. Malheiros, 2007, 3ª edição.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Recusa de contratar: disciplina jurídica. In: **Regulação e Concorrência:** Estudos e Pareceres, São Paulo, Malheiros, 2002.

SANDRONI, Paulo. **O que é mais-valia.** Editora Brasiliense, 1982.

SANTORO, Bernardo. Crise da Gol, oligopólio e dupla-punição ao usuário. **Instituto Liberal.** 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, socialism and democracy.* New York: Harper and Brothers, 1961.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico:** direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 1-6.

SILVA, Wesley N. da. Estados Unidos (1865-1917): de nação dividida a potência imperial continental. **Revista Científica Semana Acadêmica.** Fortaleza, ano MMXIV, Nº. 000052, 03/04/2014. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/estados-unidos-1865-1917-de-nacao-dividida-potencia-imperial-continental> Acessado em: 02/10/2019.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** Tradução de João Luiz Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. I.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações:** investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

STAUB FILHO, Geraldo Augusto; TORRES, Juliano Rodriguez. A Lei Malaia, A disputa quanto ao papel do estado e a questão do Antitruste. **Revista Eletrônica Jurídica,** v. 4, n. 2, 2017.

TÁCITO, Caio. O Estado e a Empresa. **Revista da Faculdade de Direito, UFRGS,** v. 1, n. 6. 1972.

TADDEI, Marcelo Gazzzi. O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial. **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro. São Paulo,** n. 121, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado:** doutrina, jurisprudência e prática. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TOIGO, Daille Costa. Análise dos atos de concentração econômica: horizontais, verticais, conglomerados, totais e parciais. **Jus**. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/36117/analise-dos-atos-de-concentracao-economica-horizontais-verticais-conglomerados-totais-e-parciais>, Acesso em 29 jul. 2019.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário, v. 1 – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia** - Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, C 45/02.2009. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF>, acesso em: 06. ago. 2019.

WIPO/OMPI. **Módulo III - Inovação e Proteção da PI**. (Apostila). 2019.

WHITE, Richard. **Railroaded: the transcontinentals and the making of modern America**. Nova York: Norton, 2011.