

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ANÁLISE COMPARATIVA DOS ELEMENTOS
DETERMINANTES DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE
NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL**

LUIZ CARLOS AVILA JUNIOR

Itajaí-SC setembro de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ANÁLISE COMPARATIVA DOS ELEMENTOS
DETERMINANTES DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE
NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL**

LUIZ CARLOS AVILA JUNIOR

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI e ao *Curso de Máster Universitario en
Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* (MADAS)
da Universidade de Alicante – UA (Espanha), como
requisito parcial à obtenção do título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor: OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JUNIOR
Coorientador: Professor Doutor: GABRIEL REAL FERRER

Itajaí-SC setembro de 2016

AGRADECIMENTOS

Expressar gratidão, nada mais é que manifestar expressamente que jamais teria conseguido realizar esta dissertação, não fossem todas as pessoas que, cada uma a seu modo particular, colaboraram, contribuíram, apoiaram a finalização dessa etapa.

Inicialmente agradeço à minha família natural, ampliada e escolhida pela formação, clareza de valores e incentivo constante em praticar a Justiça. Ao meu pai, Luiz Carlos, *in memoriam*, que, tenho certeza, ficaria exultante com essa etapa alcançada. À minha esposa, Jussara, pelo apoio, diálogo constante e amor incondicional que foram e são fundamentais, e ao meu filho, Felipe, pelo apoio, sabedoria e compreensão.

A professora Dra. Maria Claudia Antunes da Silva Antunes de Souza, pelas oportunidades, confiança e incentivo na pesquisa acadêmica.

Agradeço aos colegas de mestrado, Anuska, Cláudia, Luiz Eduardo, Gustavo, Janiara, Welton e Alexandre, que me acolheram no seu grupo durante o período em que estivemos em Alicante. Registro que os debates serenos em que eu defendia o olhar da advocacia e eles o da magistratura, fez-me ter a certeza de que há juízes que mesmo diante da diversidade caminham entre a tolerância e a responsabilidade para fazer Justiça.

Ao meu orientador professor Dr. Osvaldo Agripino, pessoa especial, de caráter e inteligência intensa, pela sua erudição, compreensão, pelas críticas sempre construtivas, arguições duras, mas valiosas e, especialmente, pela generosidade de tornar possível essa pesquisa.

Ao meu coorientador professor Dr. Gabriel, que possui uma visão perpicaz para os fenômenos que afetam e afetarão o Direito, incentivando a antever soluções inteligentes, justas e lógicas. Gabriel é um sonhador que contagia seus seguidores, abrindo-lhes as portas de motivação e liderança. Creio que sua recompensa é a alegria e a vitória alheia, daqueles que apostaram no sonho e se dedicaram a realizá-lo. Que Deus lhe permita longevidade para continuar cumprindo sua missão de *maestro* de um mundo melhor.

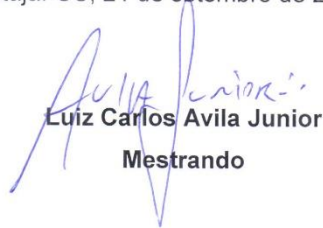
DEDICATÓRIA

Aos amores da minha vida, Jussara e Felipe, que os sirva de incentivo na continuidade de suas dedicações e objetivos. Com a desculpa pelas incontáveis horas que tive que me ausentar do convívio familiar.

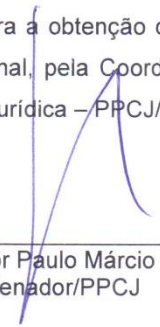
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 21 de setembro de 2016.


Luiz Carlos Avila Junior
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

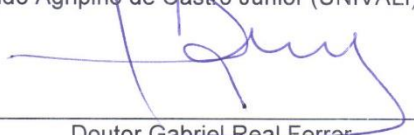


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

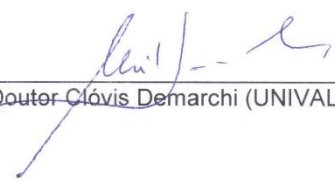
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Osvaldo Agripino de Castro Júnior (UNIVALI) – Presidente



Doutor Gabriel Real Ferrer
(UNIVERSIDADE DE ALICANTE, UA, ESPANHA) – Membro



Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), setembro de 2016

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ato de concentração
ACC	Acordo em controle de concentração
ART	Artigo
BCE	Banco central europeu
BIRD	Banco Mundial
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEE	Comunidade econômica europeia
CF	Constituição Federal
CJCE	Corte de Justiça da comunidade europeia
CMNC	<i>Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia</i> Comissão nacional de mercado e concorrência
DEE	Departamento de estudos econômicos
DL	Decreto Lei
ECN	<i>European Competition Network</i> Rede Europeia de Concorrência
EUA	Estados Unidos da América
FCC	<i>Federal Communications Commission</i> Comissão Federal de Comunicação
FMI	Fundo Monetário Internacional
IMCO	<i>Internal Market and Consumer Protection</i> Comissão do Mercado interno e proteção ao consumidor
LDC	<i>Ley de defensa de la competencia</i> Lei de defesa da concorrência

NEI	Nova Escola Institucionalista
ProCade	Procuradoria junto ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Defesa Econômica
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEBC	Sistema Europeu de Bancos Centrais
SG	Superintendencia geral
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
TCC	Termo de compromisso de cessão de prática
TCCP	Termo de compromisso de cessão de prática
TCD	Termo de compromisso de desempenho
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TUE	Tratados da União Europeia
UE	União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

Acordo de compromisso: Mecanismo consensual de solução de controvérsias ou conflitos no Direito Concorrencial.

Autoridade antitruste: Órgão administrativo em um País responsável por ser o executor das normas e colocar em prática a defesa da concorrência, detendo poderes inibitório e sancionatório.

Elemento determinante: Aspectos que fundamentam, motivam e formatam o instituto jurídico pesquisado, são escolhidos com base nos padrões críticos do Direito Concorrencial em função da especificidade pesquisada. Entretanto não se esgotam na pesquisa em curso, servindo inclusive como base para ampliação da pesquisa.

Defesa da concorrência: Subsistema normativo primordialmente composto por regras que estabelecem sanções a condutas consideradas anticompetitivas, assim como por tutelar a formação de estruturas que facilitem o exercício de mercado e adoção de condutas anticompetitivas.

Juridicidade: Contexto oriundo do conjunto decorrente de conceito ou previsão legal, interpretação e aplicação de um sistema jurídico.

Leniência: Aplicação de uma sanção ou obrigação de forma mais branda em decorrência de uma cooperação voluntária e plena que auxilia na solução de determinada controvérsia.

Marco regulatório: Conjunto de normas, leis e diretrizes que regulam o funcionamento de determinado setor ou instituto.

Poder Sancionatório: Capacidade de determinado órgão impor aos agentes econômicos punições em decorrência de um processo administrativo.

Políticas públicas: Mecanismos pelos quais o governo busca coordenar os meios a sua disposição e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes, politicamente e constitucionalmente determinados, pode se dizer que são metas coletivas conscientes. Não se confundem nem com o conceito de norma nem com o de ato, englobando ambos, sendo uma atividade unificada por sua finalidade.

Processo administrativo de defesa da concorrência: Conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de procedimento administrativo. Equivale a rito que compreende pelo menos quatro fases: instauração, instrução, defesa e decisão.

Sistema de defesa da concorrência: É toda a estrutura administrativa que de forma organizada e hierárquica compõe a administração/executivo da defesa da concorrência.

Sustentabilidade: Conjunto de ações em perspectiva global que se preocupa, de forma prática e efetiva, com a preservação da vida humana de forma equilibrada com o desenvolvimento econômico, com múltiplas dimensões.

SUMÁRIO

RESUMO	13
RESUMEN	Erro! Indicador não definido.
ABSTRACT	Erro! Indicador não definido.
INTRODUÇÃO	16
Importância do tema	16
Objetivo Institucional	22
Objetivos Investigatórios	22
Metodologia	22
Estrutura da dissertação	28
CAPÍTULO 1	30
TEORIA GERAL DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE	30
1.1 Importância do Direito Concorrencial	30
1.2. Aspectos históricos do Direito Econômico-Concorrencial	32
1.3 A Escola de Chicago e a Escola de Harvard	47
1.4 A Nova Escola Institucionalista	51
1.5 O mercado como instituição jurídica	57
1.6 Posição dominante e abuso	62
1.7 Necessidade de superar a autonomia do Direito estabelecendo um pensar conjunto com o direito e economia, sustentabilidade e desenvolvimento econômico	66
CAPITULO 2	77
OS ELEMENTOS DETERMINANTES DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE NA UNIÃO EUROPEIA	77
2.1 Marco regulatório	77
2.2 Aspectos históricos da formação da União Europeia	84
2.3 Sistema de defesa da concorrência e autoridade administrativa	89
2.4. Processo administrativo de defesa da concorrência	92
2.5. O conceito doutrinário e jurisprudencial de abuso da posição dominante	94
2.6 Acordo de compromisso e leniência	111
2.7 Poder sancionatório	115

CAPÍTULO 3	117
OS ELEMENTOS DETERMINANTES DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE NO BRASIL	117
3.1. Marco regulatório	117
3.2 A autoridade Antitruste	123
3.3. O Sistema de defesa da concorrência	124
3.4. Processo Administrativo de Defesa da Concorrência	126
3.5. Conceito doutrinário e jurisprudencial de posição dominante.....	128
3.6 Acordo de compromisso e leniência.....	147
3.7 Poder sancionatório	152
CONSIDERAÇÕES FINAIS	154
1. Marco regulatório.....	155
2. Autoridade antitruste	156
3. Sistemas de defesa da concorrência	156
4. Processo administrativo de defesa da concorrência.....	157
5. Conceito doutrinário e jurisprudência do abuso de posição dominante	157
6. Acordo de compromisso e leniência.....	159
7. Poder sancionatório.....	160
Sugestões.....	162
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	164

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, sendo resultado de uma investigação no campo do Direito Concorrencial. O objetivo da presente dissertação é contribuir para aperfeiçoar a defesa da concorrência por meio da efetividade do combate ao abuso da posição dominante no Brasil. A hipótese da pesquisa é que a análise comparativa dos elementos determinantes do abuso de posição dominante na União Europeia e no Brasil contribui para aperfeiçoar o modelo brasileiro. Para alcançar este objetivo o trabalho apresenta uma revisão da literatura, notadamente da teoria geral do Direito Concorrencial e do abuso de posição dominante. Para tanto, serão apresentados os elementos determinantes do abuso de posição dominante na União e no Brasil, com apoio na doutrina, jurisprudência e pesquisas junto às autoridades antitruste. Por fim, traça-se uma análise comparativa dos elementos determinantes do abuso de posição dominante na União Europeia e no Brasil, por meio do contraste das diferenças, com o propósito de contribuir para o aumento da juridicidade desse instituto no Brasil, bem como evidenciar que o Direito Concorrencial tem caráter institucional sendo imperioso para o desenvolvimento sustentável da sociedade.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Abuso da posição dominante. Desenvolvimento sustentável

RESUMEN

Esta Disertación pertenece a la línea de investigación de Constitucionalismo y Producción del Derecho, y es el resultado de una investigación en el campo del Derecho de la Competencia. El propósito de este trabajo es contribuir a mejorar la protección de la competencia a través de la eficacia de la lucha contra el abuso de la posición dominante en Brasil. La hipótesis de la investigación es que el análisis comparativo de los factores determinantes del abuso de posición dominante en la Unión Europea y en Brasil contribuye a mejorar el modelo brasileño. Para llevar a cabo este trabajo se presenta una revisión de la literatura, especialmente la teoría general del Derecho de la Competencia y el abuso de una posición dominante. Para ello, se presentarán los elementos determinantes del abuso de una posición dominante en la Unión y en Brasil, con base en la doctrina, la jurisprudencia y la investigación con las autoridades de defensa de la competencia. Por último, se elabora un análisis comparativo de los elementos determinantes de abuso de posición dominante en la Unión Europea y en Brasil por medio del contraste de las diferencias, con el fin de contribuir a aumentar la legalidad de este instituto en Brasil, así como la evidencia de que la Ley de Competencia tiene carácter institucional y es imprescindible para el desarrollo sostenible de la sociedad.

Palabras clave: Derecho de la Competencia. Abuso de Posición Dominante. Desarrollo Sostenible

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law, and is the result of an investigation in the field of Law of Competition. The objective of this dissertation is to contribute to improving the defense of competition through the effective combat of the abuse of the Dominant position in Brazil. The research hypothesis is that a comparative analysis of the determining elements of abuse of the dominant position in the European Union and Brazil will contribute to improving the Brazilian model. To achieve this objective, the work presents a literature review, focusing particularly on the general theory of the Law of Competition and the abuse of dominant position. For this, the determining elements of abuse of the dominant position in the European Union and in Brazil are presented, supported by the doctrine, jurisprudence and research with the antitrust authorities. Finally, it outlines a comparative analysis of the determining elements of abuse of the dominant position in the European Union and in Brazil, by contrasting the differences, seeking to promote the juridicity of this institution in Brazil, and demonstrating that the Law of Competition is institutional in nature, and essential for the sustainable development of society.

Keywords: Law of Competition. Abuse of the dominant position. Sustainable Development.

INTRODUÇÃO

Importância do tema

As sociedades apresentam acelerada evolução nos últimos cem anos. Nesse cenário têm sido observadas muitas mudanças nos comportamentos, na economia, nos modos de produção e do comércio, que impactam significativamente no padrão de vida do ser humano.

O comércio mundial evoluiu amplamente, principalmente após as guerras mundiais, os países, antes isolados nos seus mercados, hoje interagem em todo o globo terrestre.

Os agentes econômicos, cada vez mais, tornam-se transnacionais, expandem-se e atuam no mercado com intensa voracidade e concorrência. Em vista disso, buscam ditar suas próprias regras o que, por vezes, resulta em prejuízos ao mercado, ao consumidor e à própria sociedade.

O prejuízo não decorre da expansão, concorrência ou voracidade, mas sim, do abuso da forma de competir. Esse abuso se torna, ainda, mais complexo quando o agente que o pratica detém poder ou posição dominante, ou seja, apresenta uma significativa importância no mercado.

É nesse ponto que o Direito Concorrencial, ramo do Direito Econômico, é chamado a intervir. Referido ramo do direito tem suas bases na livre iniciativa e na livre concorrência e, em regra, possibilita o acesso a qualquer ente no mercado, e sopesa essas liberdades com os interesses da sociedade.

A liberdade é, sem dúvida, um dos grandes pilares da sociedade humana, como o mundo é majoritariamente capitalista, esta liberdade também se fez exigível no mundo mercantil, através da livre concorrência. Essa é objeto, de forma ampla, nas constituições, como garantia, a exemplo do contido no art. 170, inciso IV e no § 4º do art. 173 da Constituição Federal, e do art. 38 da Constituição Espanhola.

Por isso, a repercussão da livre concorrência, da liberdade de empreender, em termos de mercado, o que é, sem dúvida, o caminho/possibilidade dos particulares ofertarem meios viáveis para competirem entre si e proporcionarem

ao melhores condições ao consumidor.

Ocorre que essas garantias, ainda que constitucionalmente asseguradas, não são absolutas, exigem limites, e impõem que o ordenamento judicial estabeleça limites, e que os juristas interpretem estes limites e o julgador puna eventuais violações.

Decorre, então, que este conjunto de conceito, interpretação e aplicação dos limites da liberdade de empreender ou da livre iniciativa, impõe reflexões a respeito do termo juridicidade, que é o conjunto desses três aspectos.

Observa-se que a esse conjunto, são necessárias a soma de outras ciências e, até mesmo, de outras especialidades do direito. Isto porque, a fórmula de juridicidade do direito isolada, sem interagir ou integrar-se com outras ciências, não apresenta resultados sequer satisfatórios.

Há uma crise neste caminhar que resulta no afastamento da premissa de que a norma soluciona todos os problemas, o que não ocorre, pois esta deve ser interpretada em conjunto com outras ciências. Assim, poderá ser aplicada de forma justa e eficiente.

É possível, entretanto, ir além e ponderar que a sociedade não é mais somente uma receptora das regras criadas. Ela tem um papel influente no processo de decisão e criação de regras, pelo que é imperioso o diálogo social e econômico.

O estudo do Direito Concorrencial, em termos mundiais, tem como fonte primária duas grandes escolas norte-americanas, a de Harvard e a de Chicago. Posteriormente, também houve grande expressão: a Nova Escola Institucionalista, que se denominou de Pós-Chicago.

O marco normativo da intervenção estatal no mercado sob o enfoque concorrencial moderno, em que pese a existência de normativas anteriores, tal como *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, de 1889 do Canadá, remonta ao ano de 1890, com o surgimento da lei norte-americana *Sherman Act*.

Segundo Paula Forgioni, esse texto legal “deve ser entendido como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de

poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la”¹

Após as escolas norte-americanas, a disciplina da concorrência vem apresentando significativo avanço através da visão europeia do antitruste, que considera o Direito Concorrencial como instrumental.

Este caráter instrumental é pontualmente estabelecido, ainda que em caráter ideológico, no artigo 3º do Tratado:

A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança. A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros. A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu.

A visão europeia é diversa daquela de Chicago, o que lhe rende críticas, por vezes, de tutelar os concorrentes e não a concorrência, e apresentar dimensões do Direito Concorrencial.

No caso brasileiro, o Direito Concorrencial em que pese não possa ser tido como jovem do ponto de vista conceitual ou de previsão legal, é bastante novo, em termos de interpretação e aplicação efetiva.

Não pode passar, desde já, sem registro que o Direito Concorrencial no Brasil, ainda é matéria para especialistas, frequentemente apresentado como totalmente autônomo em relação aos demais ramos, sem qualquer interação e pouco valorizado na academia, inclusive, desde a graduação em Direito. Isso é constatado pelo pequeno número de universidades que possuem a disciplina em sua grade, o que causa um nítido isolamento da matéria e em absoluto prejuízo do diálogo que o direito deve ter como fim.

Esta influência ao que se tem, pode ser aprimorada especialmente pela interpretação e aplicação, entretanto, merece ser destacado que juridicidade não se

¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Fundamentos do antitruste**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 65.

contrapõe à ideia de legalidade. Muito menos é a livre criação de normas ou livre criação do Direito, porém, é justificável conforme ensina Karl Larenz:

Hoje sabemos que a maior parte das leis sofrem a sua configuração definitiva, e deste modo a sua suscetibilidade de aplicação aos casos singulares, apenas mediante a concretização no processo contínuo da atividade jurisprudencial, e que muitas proposições jurídicas encontraram acolhimento do Direito vigente através da atividade jurisprudencial. A heurística do Direito não se esgota de modo algum na aplicação da lei. A metodologia jurídica tem de ter em conta estas ideias.

(...0

As leis continuam a desempenhar na nossa vida jurídica, tal como dantes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a elas recorrer sempre que se adequem a uma situação de fato. De outro modo deixariam as leis de ser «coagentes» e falhariam a sua tarefa de direção no seio da comunidade.

Carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dizer (dispor), não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou discricionário.

As decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são «materialmente adequadas».²

Nesse cenário, a discussão travada na presente pesquisa, tem enfoque nas questões inerentes ao abuso de posição dominante, por vezes, referido como abuso de poder dominante.

O abuso de posição dominante talvez tenha melhor pontuação como a exploração de forma abusiva de uma posição/poder dominante. Assim, pode ser conceituado como a ocorrência que revela uma estrutura ou conduta, praticada por determinado agente econômico, que tem o poder de se comportar no mercado de forma tendencialmente independente do comportamento dos outros agentes econômicos. Agindo dessa forma, tal conduta causa prejuízos para o mercado.

Tanto no Brasil, como na União Europeia, há previsão legal da repressão ao abuso da posição dominante. No caso brasileiro está disposto no art. 36 da Lei n. 12.529/2011 e, no caso europeu, nos artigos 101 e 102 do TFUE.

O controle na visão brasileira ainda se concentra mais em questões de estrutura, principalmente atos de concentração, e apresenta reduzidos casos de apreciação pela autoridade concorrencial de atos nominados de conduta. No caso

² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. [Methodenlehre der rechtswissenschaft, Berlim, 1991], Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 3.

da União Europeia, há uma maior apreciação de condutas do que de estruturas.

De forma geral, tanto no Brasil, quanto na União Europeia, prevalece a análise sob a ótica da razão, afastando, portanto, a regra *per se*, na maioria dos julgamentos.

O enfoque da juridicidade do abuso da posição dominante na União Europeia, como se observará, é significativamente mais amplo e solidificado, inclusive, porque já houve julgado sobre o tema no Tribunal de Justiça.³

Assim, o conceito de abuso de posição dominante pode ser simples *reforço de posição de uma empresa em posição dominante*, desde que o grau de domínio assim atingido cause entrave substancialmente à concorrência, ou seja, deixe subsistir apenas empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante. Isso reflete uma preocupação ampla em termos de mercado como instituição jurídica.

O estudo da posição dominante apresenta ainda novos enfoques, como a possibilidade da ocorrência do poder ou posição dominante ter sido alçado sob fraude, o que, portanto, permite registrar que é um instituto que se encontra em constante evolução.

As análises do abuso da posição dominante exigem três enfoques: (i) ação preventiva (ex.: análise de atos de concentração); (ii) ação repressiva (ex.: combate aos cartéis); e (iii) advocacia da concorrência, ou seja, a promoção da cultura da concorrência pelos órgãos públicos perante a sociedade.

A escolha da União Europeia como paradigma para efetuar a análise comparativa se justifica por ser um instituto naquele bloco já discutido há décadas, e apresenta um enfoque que tem um mais amplo diálogo social, econômico e com outras ciências ou áreas, embora deite suas raízes e grandes fundamentos na base norte-americana.

Já no Brasil, ainda não há posicionamento que permita aferir segurança jurídica, até pela recente aplicação mas, registre-se, desde logo que são observados

³ UNIÃO EUROPEIA . Ac. TJ 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can / Comissão*, 6/72, c. nº26. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

nos julgamentos⁴ da autoridade concorrencial, predominantemente, registros de nova avaliação em determinado lapso temporal. Tal postura reflete uma preocupação com a evolução do instituto jurídico.

Ademais, o estudo comparado tem também razão em virtude de que:

A globalização da economia pressupõe uma igualdade material e formal do consumo. Uma internacionalização dos padrões referenciais. Quando o consumidor e o produto cada vez mais se assemelham, o ambiente legal em que tais obrigações têm curso também deve cada vez mais convergir no mesmo sentido, com as mesmas regras, para propiciar condições de concorrência similares a todos os participantes dos diversos mercados.⁵

Como já dito *“a existência de um ambiente concorrencial hoje pode implicar ganhos à sociedade no futuro, por desfrutar de novos produtos ou processos, selecionados pelo ambiente competitivo.”*⁶

De outra banda, *“se a concorrência gera valor à sociedade, práticas que prejudiquem a concorrência podem ter o condão de destruir esse valor. Esse é o fundamento para existência de um direito da sociedade à concorrência, materializado na política de Defesa da Concorrência.”*⁷

A escolha do tema justifica-se, assim, pela riqueza das discussões teóricas envolvidas na análise da posição dominante e seu abuso, o que permite formular como problema a necessidade de ampliação da juridicidade do instituto do abuso de posição dominante no Brasil.

Nessa ordem de ideias, o problema evidenciado consiste na ineficiência da repressão ao Abuso da Posição Dominante no Brasil, que embora detenha previsão legal registra inconsistência no que concerne a juridicidade.

Diante de tais fatos e problemas, a hipótese da pesquisa é que a análise comparativa dos elementos determinantes do abuso da posição dominante na União Europeia e no Brasil contribui para aumentar a efetividade dos princípios da defesa da concorrência, por meio da repressão ao abuso da posição dominante no Brasil.

⁴ Nas análises de atos de concentração.

⁵ FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. Maria Eugênia Finkestein. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

⁶ AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Análise Econômica da Defesa da Concorrência**. In: TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 268.

⁷ AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Análise Econômica da Defesa da Concorrência**, p. 268.

Objetivo Institucional

O presente estudo tem como objetivo institucional produzir uma dissertação de Mestrado para obter o Título de Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e em Direito Ambiental e da Sustentabilidade pelo *Curso de Máster en Derecho ambiental y de la Sostenibilidad* – MADAS, da Universidade de Alicante – Espanha.

Destaca-se a obtenção do título de Mestre em Dupla Titulação está amparada pelo convênio firmado entre as duas instituições, Univali e Universidade de Alicante, no ano de 2011, tendo permanecido na Espanha e participado das aulas no referido Curso de Mestrado entre os meses de abril e junho de 2015, sob a coorientação do Professor Doutor Gabriel Real Ferrer.

Objetivos Investigatórios

Geral e Específicos

Contribuir para aperfeiçoar a defesa da concorrência por meio da efetividade do combate ao abuso da posição dominante no Brasil, através da análise comparativa dos elementos determinantes do abuso de posição dominante na União Europeia e no Brasil.

Os objetivos específicos, nessa linha, são os seguintes:

(i) Discorrer sobre os conceitos, princípios e acerca da teoria geral da defesa da concorrência e do abuso de posição dominante.

(ii) Discorrer sobre os elementos determinantes do abuso de posição dominante na União Europeia.

(iii) Discorrer sobre os elementos determinantes do abuso de posição dominante no Brasil.

Metodologia

Nesse estudo limitou-se à utilização dos métodos indutivo e comparativo sincrônico. Os problemas assentados ao longo da investigação conclamam

perspectivas históricas, culturais, filosóficas, econômicas e até morais, contudo o estudo limitou-se à dogmática e à interdisciplinaridade inerente ao Direito Concorrencial, de sorte que eventuais análises nessas perspectivas têm o objetivo de situar a opinião do pesquisador dentre do contexto investigativo e conduzir a conclusões substantivas inerentes à posição dominante e seu abuso.

O método indutivo baseou-se no que expõe Cesar Luiz Pasold: pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.⁸

O tema pesquisado engloba feixes de posições jurídicas e deveres correlatos, por isso, procurou-se particular ênfase no plano do conteúdo principal do Direito Concorrencial inerente à posição dominante e seu abuso, almejando evidenciar que a liberdade de empreender não é absoluta, clamando, portanto, limites.

Em razão dos limites de tempo e espaço concernentes à uma dissertação de mestrado, e ainda, porque a limitação à liberdade ressoa relevante sob o aspecto da juridicidade (produção, interpretação e aplicação do direito), almejou-se situar a investigação primordialmente na interpretação e aplicação da doutrina do abuso de posição dominante.

A justificativa é porque, no caso brasileiro, embora haja a previsão legal, observa-se que a interpretação e aplicação pode ser aperfeiçoada para que amplie a efetividade do instituto.

Para alcançar este objetivo, a investigação apontou para o estudo comparado, notadamente, identificando similitudes e maior avanço que permitia o aprimoramento do instituto jurídico, por meio do paradigma da União Europeia.

Osvaldo Agripino de Castro Júnior, sobre o método, leciona:

Com a facilidade dos meios de comunicação e transporte que a tecnologia proporciona, a identidade dos povos tem sofrido processos de transformação e de enriquecimento, em face do pluriculturalismo que valoriza os diversos mundos históricos em suas diferenças, sem reivindicar superioridade ou perfeição. As identidades exigem a diferença, em relação à qual a mesma se define e se aperfeiçoa, pois em sua complexa unidade,

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 104.

aberta às novas linguagens e valores do outro, aprende e se modifica com a troca de valores.⁹

René David destaca vantagens deste método:

As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.

[...]

O direito comparado mostra-nos a variedade de concepções do direito. Ele nos põe em presença de sociedades nas quais se ignora a noção de direito; dá-nos a conhecer sociedades para as quais o direito é sinônimo de opressão e mesmo símbolo de injustiça, outras em que o direito está, pelo contrário, estreitamente ligado à religião e participa do caráter sagrado desta.¹⁰

É possível que o principal propósito do estudo do direito seja, a sua aplicação, bem como havendo conflito a sua solução, que predominantemente é heterodoxa e proferida pelo ente Estatal, em forma de decisão judicial.

Não se trata portanto apenas de aferir se a efetivação dos direitos está em contexto democrático, o que se presume *prima facie*, em relação ao legislativo, trata-se tanto de verificar a norma [base do conflito jurídico], quanto a se a solução [decisão judicial] são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos¹¹, e esta confirmação com o salto para fora do ambiente doméstico, ampliando o seu horizonte do íntimo e familiar sistema jurídico, proporciona uma mais ampla visão crítica.¹² Neste sentido:

Todos os juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado, quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para tentarem aperfeiçoar, ou, ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou uma harmonização dos diversos direitos.¹³

⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 73.

¹⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 4- 5.

¹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 3.

¹² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. p. 76.

¹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. P. 12.

Osvaldo Agripino de Castro Junior define método comparativo da seguinte forma:

Consiste no conjunto de tentativas e procedimentos, que se dão de maneira racional, destinados a conduzir o espírito jurídico, bem como outros ramos do conhecimento, a constatar e usar, por um processo ordenado, metódico e progressivo, de confrontação e comparação, as semelhanças, as diferenças e suas causas (método comparativo histórico), ou seja, com objetivo de obter as relações entre as estruturas existentes e as funções dos termos comparados pertencentes às ordens jurídicas diferentes.¹⁴

Um dos pioneiros em solo brasileiro a inserir na literatura jurídica o tema, José Cretella Junior definiu que:

O direito comparado conduz a precisão na ordem jurídica e procura erguer a Jurisprudência a mesma altura das ciências exatas. Evitando o particularismo local, a inexatidão, o aproximado, o mais ou menos, o direito administrativo comparado trabalha com o preciso e o exato, afastando a arquitetônica regional e procurando atingir os modelos universais, para captar os cânones categoriais da Jurisprudência. Procurando fixar os constantes dos sistemas, uniformiza a terminologia, define os institutos, delinea os sistemas, elimina o supérfluo, procura recorrer, no primeiro momento, a fórmulas exatas do campo universal, flexionando-as, depois, ao particularismo específico de um dado sistema jurídico.¹⁵

O método comparativo pode ser dividido também em diacrônico e sincrônico. O diacrônico também chamado de comparativo-histórico, traça uma avaliação objetiva, embora não absoluta, abstraída das contingências de espaço e tempo, e relacionadas a determinado problema particular¹⁶.

O método comparativo sincrônico é quando opera a comparação na mesma época¹⁷, tendo como um dos objetivos o estudo dos exemplos de causas que explicam as semelhanças ou as diferenças dos termos a serem comparados, o que possibilita um melhor conhecimento do direito que está sendo comparado¹⁸.

¹⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. p. 144.

¹⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. 3 Ed. São Paulo: Forense, 1990, p. 119.

¹⁶ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. p. 148.

¹⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**, p. 105.

¹⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. p. 152.

No método comparado, os chamados elementos determinantes têm relevância, tal como ensina Osvaldo Agripino de Castro Junior:

Constituem a estrutura econômica, a ideologia oficial, o princípio da separação ou unidade do poder no Estado, as relações de certeza ou incertezas que ligam o direito aos fatores que eles elaboraram, da mesma maneira que os princípios de interpretação da lei ou papel do juiz, são as instituições jurídicas que influenciam de maneira direta ou indireta toda a ordem jurídica, e que determinam de forma necessária todas as outras partículas jurídicas elementares, bem como o perfil estrutural da ordem jurídica. Constituem-se na matéria prima da comparação, a partir da qual a comparação será feita, pois, modificar esses elementos é alterar a estrutura específica da ordem jurídica considerada. Nesse sentido, uma das tarefas principais da análise comparativa é a busca da identificação dos elementos e/ou fatores que são responsáveis por, ou contribuem para, certos desenvolvimentos e/ou tendências no sistema judicial.¹⁹

Nesse caminhar, é necessária a identificação de variáveis que remetem ao desenvolvimento da aplicação e interpretação do instituto jurídico investigado, estabelecendo pontos de similaridade e divergência, de forma que, através do contraste, seja possível aprimorar a aplicação e interpretação, especialmente, a repressão do instituto jurídico do abuso do posição dominante.

Assim, deve-se mencionar que o propósito da presente dissertação em utilizar o método do direito comparado, é de possibilitar o confronto do instituto jurídico do abuso da posição dominante no Brasil, especialmente da sua repressão, através do modelo da União Europeia.

A União Europeia, em termos mundiais é, sem dúvida, o ambiente institucional de maior integração, ou seja, aquele onde prevalece uma multiplicidade de culturas, situações econômicas e financeiras, onde interesses particulares conflitam com interesses coletivos não meramente locais, mas sim, de outros países.

Nesse cenário, cabe mencionar que a Comissão Europeia:

¹⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. p. 87.

Procura evitar ou corrigir comportamentos anticoncorrenciais. Aplica diretamente as regras de concorrência da União Europeia a fim de melhorar o funcionamento dos mercados, assegurando uma concorrência leal e equitativa, baseada no mérito, entre as empresas. Mais concretamente, a Comissão supervisiona as empresas para se certificar de que não agem concertadamente com o intuito de repartir os mercados entre si ou de excluir potenciais concorrentes.²⁰

A abertura econômica, em termos integrativo [bloco], com essencial democracia e de liberdade assegurada, não tolera competição selvagem, em que impere a lei do mais forte, assim como não aceita o dogma do *laissez faire* socialmente irresponsável ou descomprometido.

A experiência da União Europeia tem como característica relevante a busca do desenvolvimento econômico, cultural e social dos países. Ademais, o Direito Concorrencial europeu tem se revelado, efetivamente, um meio para concretizar determinada política pública, de forma institucionalizada. Intensifica-se o caráter instrumental da concorrência, que passa a ser tomada como um princípio cardeal a orientar o processo de interpretação/aplicação das normas antitruste²¹.

Paula Forgioni justifica que:

A União Europeia, tal como hoje existe, não teria sido alcançada sem a implementação de política concorrencial consistente. Assim, as normas que disciplinam a competição são utilizadas para atingir fins maiores, tendentes à implementação dos escopos impostos pelos Tratados da União Europeia-TUE, e também pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, especialmente pelo art. 3º do primeiro, ou seja, o “crescimento econômico equilibrado”, “a estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social”, “um elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente”, além do fomento do “progresso científico e tecnológico”, além da “justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança”. A política concorrencial deve também ser instrumento da promoção da “coesão econômica, social e territorial” e da “solidariedade entre os Estados-Membros”.²²

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência.**

Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia, 2014, p. 4.

²¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste.** 7 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

²² FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste,** 2014, p. 83.

A similaridade da ordem econômica e da proteção à concorrência na União Europeia com aquela do Brasil, em termos ideológicos, embora mais sucinta, está insculpida na Constituição Federal, especialmente nos artigos 1º e 3º.

Assim, por entender que a investigação do Direito Concorrencial pode ser o meio para concretizar essas políticas públicas [ou ideários públicos] é que o paradigma escolhido foi a União Europeia, dado ao avanço lá presente.

Estrutura da dissertação

A dissertação é dividida em três capítulos. O Capítulo 1 trata da teoria geral do abuso da posição dominante e dos conceitos inerentes ao referencial teórico.

O Capítulo 2 aborda os elementos determinantes do abuso de posição dominante na União Europeia. Por fim, no Capítulo 3 aborda os elementos determinantes do abuso de posição dominante no Brasil.

Ao final são desenvolvidas considerações finais com análise comparativa dos sete elementos determinantes da União Europeia e do Brasil, e sugestões para aperfeiçoar o instituto, revelando ainda que é possível ampliar a pesquisa para as novas formas de falseamento da concorrência, inclusive por meio da não conformidade ambiental.

O Capítulo 1 apresenta-se a contextualização do Direito Concorrencial, num breve desenvolvimento histórico da sua evolução. Em seguida, são estudadas as principais escolas que formaram ou formam o pensamento do Direito Concorrencial no mundo atual, avançando para a Nova Escola Institucionalista, que tem no cenário atual profícua relevância. Passando-se à análise do mercado enquanto instituição jurídica complexa e, por fim, são apresentados os conceitos básicos e primordiais como notas introdutórias do abuso de posição dominante.

No Capítulo 2 serão tratados os elementos determinantes do abuso de posição dominante na União Europeia, bem como a análise da jurisprudência da autoridade concorrencial europeia.

O Capítulo 3 discorre sobre os elementos determinantes do abuso da posição dominante no Brasil. Por fim, em sede de considerações finais, são feitas as análise comparativa dos elementos determinantes do abuso de posição dominante da União Europeia e do Brasil, evidenciando que essa comparação pode resultar de aumento da juridicidade do instituto do abuso de posição dominante.

CAPÍTULO 1

TEORIA GERAL DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE

1.1 Importância do Direito Concorrencial

A concorrência constitui um dos principais vetores de uma economia de mercado, vez que a liberdade é o valor mais importante que se verifica no contexto de garantias fundamentais.

Ocorre que esta liberdade não pode ser absoluta, até mesmo por uma tendência humana, é celebre a expressão de Montesquieu: *O homem vai até que encontre limites*²³, o confere razão ao Estado para intervir.

Esta intervenção é exatamente no sentido de *obrigar* a competir. Ocorre que esta obrigação, também tem limites, eis que nem tudo pode ser considerado válido na luta competitiva. Esse sentimento, inclusive, pode ser afirmado por uma construção evolutiva da própria sociedade que realizou barbáries e também se indignou contra essas barbáries mercantis.

Nesse caminhar, é que possuem fundamento as normas concorrenciais, pois, apesar de obrigarem a competição, traçam limites éticos, morais e até institucionais, quanto à concorrência e sua liberdade, o que, portanto, afasta o condão de liberdade absoluta.

A liberdade de concorrência ou livre iniciativa é o resultado da existência de bens e serviços similares e, por sua vez, da capacidade de consumidores tomarem decisões livres com informações suficientes sobre preço e qualidade.²⁴

A atenção, entretanto, não se limita apenas às empresas nacionais, mas também às internacionais e, por essa razão, justifica-se uma expressiva interação entre as políticas de livre concorrência com o livre comércio, entre comércio nacional e comércio internacional.

²³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Ediouro, 1987, p. 21.

²⁴ Nesse sentido: FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLES, C.J. **La libre competencia em España. Derecho europeo y economía de mercado**. La Constitución española em el ordenamento comunitário europeu III, Ministério de Justicia, XVIII Jornadas de Estudio, 1999, p. 457 – tradução livre do autor.

Condicionante essencial à concorrência, em uma multiplicidade de condições, é a eficiência econômica da qual se aponta que uma situação é eficiente se não é possível melhorar o bem estar de uma pessoa, sem piorar o bem estar de outra, o que é chamado de Ótimo de Pareto.

Esta eficiência pode ser mostrada desenvolvendo as ideias de oferta e demanda, produzidas no mercado competitivo e relacionando-se com uma situação na qual a soma dos benefícios dos consumidores e das empresas se faz máxima.

Uma dimensão de importância capital para o Direito Concorrencial reside em determinar os limites do poder de mercado e o controle de comportamentos anticoncorrenciais. Sobre o tema, Calixto Salomão Filho, aduz que:

Os estudos dos comportamentos anticoncorrenciais têm também um outro significado fundamental. Compõem, ao lado do controle das estruturas, o sistema de proteção concorrencial. É através da aplicação simultânea e conjunta de ambos os subsistemas (controles estrutural e comportamental) que a proteção concorrencial ganha eficácia.²⁵

O atual estágio evolutivo do mundo empreendedor fez surgir diversas formas, algumas, por vezes, de difícil detecção da concorrência leal ser afetada e, por consequência, abalar consumidores, empresas e até mesmo uma Nação.

Por isso há um crescente reconhecimento da importância do Direito Concorrencial para o bom êxito dos mercados, permitindo ou justificando, portanto, a interferência do Estado.

Para enfrentar o tema, em si, do Direito Concorrencial, somando-se ao fato do presente estudo versar sobre a juridicidade, aliado ainda ao estudo na perspectiva de Direito Comparado, é necessário perquirir as origens e a matriz do pensamento que norteia aquela disciplina jurídica.

²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – As condutas**. 1 Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18.

1.2. Aspectos históricos do Direito Econômico-Concorrencial²⁶²⁷

O estabelecimento do desenvolvimento histórico quanto ao Direito Econômico, especialmente quanto ao Direito Concorrencial, é essencial no desenvolvimento deste trabalho, especialmente para os aportes de onde se localiza e quais formas de interpretação ou aplicação.

Neste sentido, ainda que o presente estudo não tenha como escopo a comparação com o direito norte-americano, será necessário, ainda que incipiente, discorrer sobre algumas referências, especialmente das escolas de pensamento.

Na Grécia antiga, havia um repúdio generalizado à economia, especialmente quanto à acumulação de capital. A ideia central neste período era de que a felicidade deveria ser buscada por intermédio de melhor viver, por isso a economia não passou de um adendo da filosofia e da política.

Os romanos não repudiavam a acumulação de capital, que era vista, inclusive como meio de expandir o Império. Com a sua queda, deu-se início ao período medieval, sob o modo de produção feudal, que pouco contribuiu para o desenvolvimento cultural, mas muito desenvolveu os conceitos da ciência econômica.

A grande fonte de inspiração foi a participação e influência da Igreja, especialmente do cristianismo. Tomás de Aquino se destacou como o principal pensador do período, assinalando, em suas obras, a preocupação com a correta utilização da propriedade privada, com a prática de preços justos e com a proteção

²⁶ Direito Econômico-Concorrencial é uma palavra composta. Segundo José Carlos de Azeredo, “Uma palavra composta é interpretada como uma nova unidade de significado” [AZEREDO, José Carlos de. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 444]. É empregado “o hífen nas palavras compostas por justaposição que não contêm formas de ligação e cujos elementos, de natureza nominal, adjetival, numeral ou verbal, constituem uma unidade sintagmática e semântica e mantêm acento próprio, podendo dar-se o caso de o primeiro elemento estar reduzido” [AZEREDO, José Carlos de. **Escrevendo pela nova ortografia: como usar as regras do novo acordo ortográfico da língua portuguesa**, São Paulo: Publifolha, 2008, p. 90]. Em razão disso, será utilizado o hífen para designar “econômico-concorrencial”, eis que é palavra composta que representa uma unidade de significado diferente da que corresponderia a cada uma das palavras se elas fossem empregadas isoladamente.

²⁷ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. **Breves notas sobre o direito econômico-concorrencial a luz da constituição federal**. In: MACHADO, José Carlos. **Produção científica CEJURPS/2015 – Edição Ouro**. Itajaí: Univali, E-book, ISSN 1982118-2 p 602-627.

dos mais fracos. O filósofo pregava, ainda, a ética nas relações comerciais, bem como condenava a prática da usura.²⁸

Nali de Jesus de Souza traz bem esta explicação:

A Teologia católica exerceu um poder muito grande sobre o pensamento econômico da Idade Média. A propriedade privada era permitida, desde que fosse usada com moderação. Resulta desse fato a tolerância da desigualdade. Havia uma ideia de moderação na conduta humana, o que levava às concepções de justiça nas trocas e, portanto, de justo preço e justo salário. Nenhum vendedor de um produto ou serviço poderia tirar proveito e ganhar acima do valor considerado normal, ou justo. “Justo preço é aquele bastante baixo para poder o consumidor comprar (ponto de vista econômico), sem extorsão e suficientemente elevado para ter o vendedor interesse em vender e poder viver de maneira decente (ponto de vista moral)”. (HUGON, 1988, p. 51). Similarmente, o justo salário é aquele que permite ao trabalhador e sua família viver de acordo com os costumes de sua classe e de sua religião. Essas noções de justiça na fixação de preços e salários implicava também a ideia de justiça na determinação do lucro. Em outras palavras, o justo lucro resultava da justiça nas trocas ele não devia permitir ao artesão enriquecer. Havia, portanto, julgamentos de valor na conduta econômica, ou seja, a Filosofia e a Teologia dominavam o pensamento econômico.²⁹

Diante do aumento populacional e da necessidade de evolução de uma sociedade essencialmente agrária, surge o mercantilismo, que ampliou relações inclusive por meio de novas rotas marítimas. A ideia essencialmente religiosa foi substituída ou flexibilizada sob o argumento da busca do êxito material e a livre iniciativa. Fabio Konder Comparato esclarece acerca desta mudança de pensamento:

Nas civilizações do passado, era a mentalidade coletiva, centrada, em torno da religião, que influenciava de modo dominante a hierarquia social e as instituições de poder. Com o advento da civilização capitalista, essa relação de influência dominante inverteu-se, doravante são as instituições de poder que moldam a mentalidade coletiva.³⁰

Na Revolução Industrial a sociedade presenciou um vultoso desenvolvimento nos meios de produção. Esse processo se deu com a transformação dos produtos em mercadorias, impulsionando tanto em decorrência

²⁸ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 3 Ed. – São Paulo: Edipro, 2014, p. 25.

²⁹ SOUZA, Nali de Jesus. **Uma introdução à história do pensamento econômico**. Disponível em: <http://www.nalijSouza.web.br/introd_hpe.pdf>. Acesso em 10 abr. 2014.

³⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A civilização capitalista**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 18.

da substituição do trabalho humano, como pela mecanização.³¹ Foi, ainda, a responsável pela finalização do processo de transição entre o feudalismo, cabe dizer, da produção para o sustento local para o capitalismo, caracterizado pela produção em busca de lucros.³²

Consequentemente, o objetivo da classe detentora dos meios de produção de maiores lucros, resultou em um desequilíbrio com a classe trabalhadora que, inspirada nos ideários da Revolução Francesa, passou a buscar melhores condições. Formaram-se então grupamentos, tanto de empresas quanto de trabalhadores, ambos com o propósito de liberar-se das incertezas do mercado. Surge, então, um rival do Estado, o poder econômico privado.

Há, portanto, a mudança do capitalismo atomista para o capitalismo de grupo, que se denominou de concentração capitalista e fez grandes influências no Direito, dando inclusive nascimento a um novo ramo: o Direito Econômico. Essa profunda alteração no contexto social, na tipologia das relações sociais, comprometidas com o fato econômico, leva a uma nova juridicização, a uma nova manifestação reguladora do direito.

Esse conjunto de regras constitui aquilo que a doutrina chamou de “Constituição Econômica”, onde o termo “Constituição” deve ser entendido como indicativo do nível mínimo de regulamentação para o funcionamento do sistema escolhido.³³

Nesse contexto, observa-se que as preocupações com a concorrência remontam a uma era longínqua, conforme explica Friz Machlup:

The problem of monopoly and competition is by no means a recent concern of government. Indeed, we know of laws about monopolistic practices written more than 4.000 year ago-in Babylon. A Truly Babylonian confusion of governmental attitudes toward the problem can be seen in the histories of most nation: a succession of state interventions restraining monopoly and aiding competition, restraining competition and aiding monopoly.³⁴³⁵

³¹ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**, p. 28.

³² NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**, p. 30.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

³⁴ MACHLUP, Fritz. **The political economy of monopoly: business, labor and government policies**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952, p. 181.

³⁵ Tradução livre: O problema do monopólio e da concorrência é de nenhuma maneira uma preocupação recente do governo. Na verdade, sabemos de leis sobre práticas monopolistas escritas mais de 4.000 anos atrás na Babilônia. A confusão verdadeiramente babilônica de atitudes

Entretanto, na maioria dos casos destas épocas, a intervenção estatal, tanto quanto à concorrência ou ao monopólio, decorre de um efeito incidental ou colateral, de outras medidas ou propósitos. Ou seja, não se pretendia propriamente ou diretamente a proteção de tais institutos.

A antiguidade grega, segundo Lambros E. Kotsiris, revela que:

In Athens freedom of trade and competition was a general rule. This is because it was not a rule of law based on a particular economic system, but a consequence of the basic principle that individuals were free to engage in trade, unless public policies necessary to reveal certain restrictions.³⁶³⁷

As restrições que a política pública impunha na época, almejavam, primordialmente, proteger a população de conspirações especulativas e combinações entre comerciantes.³⁸

A penalidade para a transgressão das leis era bastante severa: a morte.³⁹ A história relata que a passagem de Hellespont, embora sob o controle dos atenienses, não era mais segura, e representava um perigo para o comércio internacional de grãos⁴⁰, isso fez com que o preço dos produtos cuja matéria prima essencial era grãos fosse elevado.

Os comerciantes de grãos, então, resolveram estabelecer uma espécie de associação, com o escopo de cessar qualquer concorrência entre eles e, em momentos oportunos, adotavam práticas que permitiam auferirem lucros maiores, ou atípicos⁴¹.

Este acordo foi submetido a uma corte de julgamento:

Baseando-se a acusação no seguinte argumento: em maus tempos, os comerciantes compraram grãos e recusaram-se a vendê-los ao público,

governamentais em direção ao problema pode ser vista na história da maioria das nações: a sucessão de intervenções estatais restringindo monopólio e auxiliando a concorrência, restringindo a concorrência e auxiliando monopólio.

³⁶ KOTSIRIS, Lambros E. **An antitrust case in ancient greek law**. The Internacional Lawyer, v. 22, n. 2, 1988, p. 452.

³⁷ Tradução livre: Em Atenas liberdade de comércio e competição era uma regra geral. Isto porque não era um Estado de Direito com base em um determinado sistema econômico, mas uma consequência do princípio básico de que os indivíduos eram livres para se engajar no comércio, a menos que as políticas públicas revelassem necessário certas restrições.

³⁸ Nesse sentido: KOTSIRIS, Lambros E. **An antitrust case in ancient greek law**, p. 453.

³⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 39.

⁴⁰ Nesse sentido: KOTSIRIS, Lambros E. **An antitrust case in ancient greek law**, p. 454.

⁴¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 39.

estocando mais do que lhes seria lícito; para haver o produto pagava-se o preço exigido, ainda que demasiadamente alto. Em tempos de paz, transformavam-se em pessoas que afligiam a população.⁴²

As fontes não dão uma resposta ao veredito do julgamento, mas revelam que o discurso final que propunha a condenação, argumenta que a condenação dos acusados está em conformidade com a justiça e o interesse das pessoas⁴³.

É possível que tenha sido este um dos primeiros julgamentos,⁴⁴ antes da época moderna, que foi pautado no bem da sociedade.

A antiguidade romana aponta, em um primeiro período, uma maior ênfase ao protecionismo, com uma ampliação dos monopólios objetivando a ampliação da arrecadação estatal.

Paula Forgioni descreve que:

A prática dos monopólios estatais também existia em Roma, onde o monopólio do sal assegurava ao governo grande parte de suas rendas. Já no final do Império, para aumentar a arrecadação, o número de monopólios concedidos aos particulares, mediante retribuição, multiplicou-se de tal forma a abranger toda a distribuição de alimentos.⁴⁵

Esta época aponta uma preocupação primordial com os ingressos de receita ao Estado, contudo, apresenta uma preocupação em coibir o abuso dos preços, impondo um reconhecimento primitivo do que hoje se entende como abuso do poder econômico.

Com efeito, delineando uma compreensão da Idade Média, verifica-se uma maior ênfase ao campo, ao homem campesino. Sobre o tema, Georges Duby expõe que:

El occidente Del siglo IX estaba en conjunto poblado por un capesinado estable, enraizado. Lo que no significa completamente inmóvil, la vida campesina dejaba un ancho margen al nomadismo: Transhumancia, recolección, caza o rapiña, en busca de botín y de un suplemento de víveres, expediciones militares. Pero a pesar de todo, el nomadismo era para la mayor parte de los hombres algo marginal y temporal.⁴⁶⁴⁷

⁴² FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 40.

⁴³ Nesse sentido: KOTSIRIS, Lambros E. **Na antitrust case in ancient greek law**, p. 457.

⁴⁴ Aponta-se que este fato correu por volta do ano 388 A.C.

⁴⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 40.

⁴⁶ DUBY, Georges. **Economia rural y vida campesina en el occidente medieval**. Barcelona: Peninsula, 1968, p. 1.

⁴⁷ Tradução livre: O ocidente do século IX estava em conjunto povoado por um povo campesino enraizado e estável. O que não significava completamente imóvel, a vida campesina, deixava uma larga margem ao nomadismo: mudanças em busca de melhores condições de vida, além de

Por consequência, a estabilidade dos povos dependia, preponderantemente, de um segundo fator: a ordem econômica, o que impôs uma multiplicidade de centros de produção que dependiam de um mesmo *senhor* e de uma certa medida de transporte.⁴⁸⁴⁹

Isso revelou um período em que o monopólio se ligava a regalia, ao privilégio concedido pelo soberano e exercido, no mais das vezes, por particulares.⁵⁰ Esta característica agrícola é abalada por dois fatores: condições climáticas e guerras⁵¹, e conduz ao empobrecimento dos camponeses, dando margem a duas facetas:

A primeira é a Europa dos pequenos artesãos, das corporações de ofício, na qual se assentaram as normas de disciplina da concorrência que nos interessam mais de perto. A outra refere-se às grandes empresas.⁵²

Estas grandes empresas não nascem, entretanto, de imposição estatal, mas da vontade dos homens, potencializada pelo sentimento ou pretensão de melhora econômica e financeira. Georges Duby, ao descrever sobre o avanço tecnológico e o aumento da produção, aponta uma constatação que revela um caráter preocupante ao direito:

De todos modos, estas mejoras no penetraron em todas las explotaciones agrícolas. Su desigual difusión acentuó aún más las diversidades económicas entre las distintas regiones; es lo más probable, por otra parte, que los progresos técnicos no afectaran a la gran masa de hogares campesinos que eran demasiado pobres para mejorar sus instrumentos de trabajo. En efecto, para abandonar el viejo arado romano no bastaba con reconocer las ventajas del arado de vertedera; había que comprar este último, y sobre todo procurarse animales capaces de tirar de él eficazmente. La penetración de los perfeccionamientos técnicos en las humildes casas campesinas fue muy lenta, y por esta razón aparecieron entre las explotaciones de los ricos y los pequeños fundos diferencias mucho más profundas que anteriormente.⁵³⁵⁴

expedições militares. Porém, a pesar de tudo, o nomadismo era para a maior parte dos homens algo marginal e eventual.

⁴⁸ DUBY, Georges. **Economia rural y vida campesina en el occidente medieval**, p. 4.

⁴⁹ No original: “Finalmente, la multiplicidad de los centros de producción que dependían de un mismo señor exigía una serie de relaciones y en cierta medida de transportes”.

⁵⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 42.

⁵¹ Nesse sentido: DUBY, Georges. **Economia rural y vida campesina en el occidente medieval**, p. 49, 50.

⁵² FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 43.

⁵³ DUBY, Georges. **Economia rural y vida campesina en el occidente medieval**, p. 15.

Há, portanto, uma segunda referência, ao que se pode compreender como cartel – a primeira na época grega, da associação dos comerciantes de grãos; e a segunda, ao surgimento de grandes empresas, formadas por vezes, da fusão de empresas ou empreendedores.

Por consequência, neste período, passam a vigorar dois tipos de normas, propriamente de Direito Econômico: (i) os próprios estatutos sociais da empresa que conjugou os esforços e (ii) os controles impostos pelo Estado.

Paula Forgioni explica sobre o início da utilização da palavra “concorrência”, que passou a ser empregada em claro sentido econômico, da seguinte forma:

Isso somente teria ocorrido no século XVIII, pois seguramente Aristóteles, os juristas romanos ou os primeiros autores escolásticos não identificaram concorrência com preço justo, o que lhes fazia utilizar a palavra com claro sentido coloquial, e não técnico.

É bem verdade que não existia, antes do século XVIII, a regulamentação da concorrência tendo em vista a manutenção do sistema de produção ou preservação/disciplina do próprio mercado. Da mesma forma, tudo indica que não havia, no senso comum, a consciência da necessidade da regulamentação da concorrência. Os monopólios não eram regulados na antiguidade pois que contrários a uma forma de mercado escolhida como ótima, mas por razões extremamente práticas, ligadas ao fornecimento de mercadorias e ao abastecimento da população.⁵⁴

Eros Grau, destacando o aspecto histórico do Estado Moderno, aduz que:

A afirmação de que até o momento neoconcorrencial ou “intervencionista” estava atribuída ao Estado a função de produção do Direito e segurança – bem assim a de que o Direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas – não deve ser tomada em termos absolutos. O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à *constituição* e à *preservação* do modo

⁵⁴ Tradução livre: De todo modo, estas melhoras não penetraram em todos os empreendimentos agrícolas. Sua desigual difusão acentuou ainda mais as diversidades econômicas entre as distintas regiões; é o mais provável, por outra parte, que os progressos técnicos não afetaram a grande massa de lares camponeses que eram demasiadamente pobres para melhorar seus instrumentos de trabalho. Com efeito, para abandonar o velho arado romano não bastava reconhecer as vantagens do novo arado; era necessário comprá-lo, e sobre tudo procurar animais capazes de fazê-lo operar com eficácia. A penetração dos aperfeiçoamentos técnicos nas humildes casas camponesas foi muito lenta e por esta razão apareceram entre as fazendas dos ricos e pequenos produtores diferenças muito mais profundas que anteriormente.

⁵⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 36.

de produção capitalista, posteriormente à *substituição e compensação* do mercado.⁵⁶

O Direito Concorrencial na Idade Média surge frente à rigidez e ao formalismo do Direito Civil, pois os comerciantes sentem a necessidade de normas que se adaptem melhor aos requisitos comerciais. Havia, então, objetivamente o abandono de aplicar entre os comerciantes as normativas civis para criar um direito autônomo, que não surge propriamente por uma imposição estatal, mas por aceitação mercantil.

Neste período, em que também surge a Revolução Industrial, o centro de produção deixa de ser a oficina, a pequena propriedade, desloca-se, portanto, para as fábricas. Surgem grandes investimentos em equipamentos e máquinas e o modo produtivo é completamente alterado.

A relação *maestro e aprendiz* é substituída por aquela entre *patrão e empregado*. Este assume o risco do empreendimento, pois efetua o investimento, e seu retorno depende da produção das fábricas.⁵⁷

Friz Machulp retrata que:

Historically, one of the more conspicuous moves against monopolies, the English Statute of Monopolies (of 1624) was merely a prohibition of monopoly grants by the Crown. The abolition of privileges for the exclusive practice of particular trades, privileges previously created by the state (such as the exclusive rights of craft guilds) ranks high among the few successful government actions against monopoly.⁵⁸⁵⁹

Estas mudanças, portanto, resultaram também no abandono da segurança das corporações medievais e impuseram uma maior exigência de liberdade, dando início ao liberalismo, segundo Paula Forgioni:

A riqueza das nações, de Adam Smith, não contém ideias sobre a concorrência que fossem inteiramente novas em 1776, mas constitui a sedimentação de movimento que se alinhava e que buscava a libertação do agente econômico: a liberdade de comércio e de indústria consagrava o princípio da não intervenção do Estado no funcionamento normal do

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 16 Ed. – São Paulo: Malheiros, 2014, p. 19.

⁵⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 55.

⁵⁸ MACHLUP, Fritz. **The political economy of monopoly: business, labor and government policies**, p. 183.

⁵⁹ Tradução livre: Historicamente, um dos mais perceptíveis movimentos contra os monopólios, o Estatuto do Monopólio Inglês (de 1624) era apenas uma proibição de concessão de monopólios pela coroa. A abolição dos privilégios para a prática exclusiva dos comércios particulares, privilégios criados anteriormente pelo Estado (como os direitos exclusivos de corporações de ofício) considerado relevante alta entre as poucas ações governamentais bem-sucedidas contra monopólio.

mercado, propiciando a implantação da ordem econômica almejada pela burguesia.⁶⁰

É neste momento que a noção de mercado deixa de ser apenas o local de troca, para ser uma espécie de arena onde os agentes competem livremente por oportunidades de troca.⁶¹

Os reflexos deste pensamento liberal foram disseminados para vários Estados e constituições, a exemplo da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, que proclamava:

Todos los hombres son por su naturaleza igualmente libres e independientes, tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran em sociedad, no pueden por ningún contrato provar o despojar a su posteridad, especialmente El goce de la vida y de la libertad com los médios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.⁶²⁶³

Esta época foi marcada pela ascensão política da burguesia, tendo por consequência a afirmação de novos padrões de organização política, superando o absolutismo e eliminando os privilégios da nobreza.⁶⁴

A acumulação de fatores históricos, inclusive a definição de aspirações humanistas externada em séculos anteriores, deu a base política, econômica e social para que desencadeassem os movimentos de rebelião, renovação e revoluções,⁶⁵ que incluíam lutas contra a negação e insegurança dos direitos, assim como contra o arbítrio do Estado.

As crenças desta época remetem ao bem-estar coletivo pelo crescimento industrial, uma espécie de crença no direito natural aliado à razão humana que, junto com a liberdade e o direito de propriedade, estabelecem a ordem natural da sociedade.

⁶⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 56.

⁶¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 57.

⁶² DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional econômico**. 2 Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2006, p. 56.

⁶³ Tradução Livre: Todos os homens são por sua natureza igualmente livres e independentes, tem certos direitos inerente, dos quais, quando entram em sociedade, não podem por nenhum contrato privar ou despojar a sua posteridade, especialmente o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e possuir a propriedade e perseguir e obter a felicidade e segurança.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**, p. 99.

Antonio Robles Martín-Laborda evidencia que:

Sin embargo , como es bien sabido , los fundamentos ideológicos están empezando a entrar en el período mercantilista , desde el momento en que el Estado regulador , promotor de un nuevo código de conducta econômica dirigida a enriquecerse , se percibe cada vez más como arquitecto una gran cantidad codiciado , convirtiéndose en el prototipo de las grandes empresas capitalistas.⁶⁶⁶⁷

Nessa evolução é inerente que o Estado intervenha na sociedade, pressupondo uma cisão entre Estado e Sociedade Civil, pelo que ao “intervir”, aquele entraria em campo que não é seu, mas sim da Sociedade Civil, isto é, o mercado.⁶⁸A liberdade de indústria e de comércio conduz a uma concorrência e pretensões de crescimento cada vez maiores. Fábio Konder Comparato retrata que:

Pode-se dizer que, em toda economia, a criação e desenvolvimento de um setor industrial dependem diretamente, entre outros fatores, do desenvolvimento do comércio. Um e outro, aliás, são elementos interdependentes de um mesmo sistema: a partir de certo estágio evolutivo, a expansão do comércio exige um aumento constante da produção industrial, para satisfazer a crescente demanda no mercado; e a produção industrial, por sua vez, para não ficar estagnada, impõe o crescimento incessante da demanda de bens e do sistema de sua distribuição no mercado. (...) É preciso não esquecer, porém, que a expansão comercial em qualquer país, depende estreitamente das facilidades de crédito e de transporte.⁶⁹

Nelson Nazar acompanha este raciocínio, sintetizando esta época nas seguintes assertivas:

Nasce, assim, um novo relacionamento entre o capital e o trabalho representado pela burguesia capitalista, controladora dos meios de produção, em contraposição ao proletariado, responsável pela mão de obra em troca de baixos salários.

O capital passou a ter maior valor do que a propriedade da terra. Com isso, os camponeses, atraídos pelos trabalhos nas indústrias, bem como pela esperança de melhores salários migraram para as cidades.

A Revolução Industrial, então, foi a responsável pela finalização do processo de transição entre o feudalismo, cabe dizer, da produção para o sustento local para o capitalismo, caracterizado pela produção em busca de lucros.

Isso significa que o capitalismo, no sentido próprio, somente se consumou, a partir da segunda metade do século XVIII, com a produtividade em alta escala visando à obtenção de lucros, resultado do desenvolvimento da atividade manufatureira.

⁶⁶ MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles. **La libre competencia**. Madrid: La Ley, 2001, p. 15.

⁶⁷ Tradução livre: No entanto, como é bem sabido, os fundamentos ideológicos estão começando a entrar no período mercantilista, a partir do momento em que o Estado regulador, promotor de um novo código de comportamento econômico dirigido para ficar rico, é cada vez mais percebido como arquiteto de uma riqueza cobiçada, tornando-se o protótipo das grandes empresas capitalistas.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, p. 21.

⁶⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **A civilização capitalista**, p. 193, 194.

Posteriormente, no século XIX, o capitalismo se aprimorou graças a inovações tecnológicas nos meios de transporte, dentre elas, as estradas de ferro, que viabilizaram o transporte rápido e eficaz dos produtos manufaturados, abreviando o caminho percorrido entre a aquisição da matéria-prima até a sua entrega ao consumidor final.

Nesse passo, as descobertas marítimas também contribuíram para que a burguesia inglesa se tornasse a maior potência econômica da época, pois as suas supremacias navais e ferroviárias lhe permitiram expandir os produtos por toda Europa, América e Ásia.⁷⁰

Este referencial histórico, que aponta a relevância de transportes, de infraestrutura e, portanto, de portos e transporte marítimo, apresenta um escopo importante, já que são objetos deste estudo o Direito Concorrencial.

Merece ser enfatizado que, neste período, não havia uma regulação quanto às práticas restritivas do antitruste e uma legislação típica de Direito Concorrencial, isto porque a doutrina liberal não admitia que a autonomia da vontade pudesse ser limitada por alguma regulação estatal da economia. Neste sentido:

Esta pasividad, sin embargo, estaba plenamente justificada desde un punto de vista ideológico. Si a “mano invisible” hace que los empresarios de perseguir sus intereses particulares al tiempo que favorece el interés general, la protección de este sólo puede tener lugar les garantizó una amplia esfera de acción resta de cualquier interferencia del poder del Estado.⁷¹⁷²

O postulado da autonomia da vontade privada, além de manter o Estado afastado das questões de direito privado, condiciona-o à função de guardião da liberdade individual.⁷³ Karl Polanyi explica que:

A civilização do século XIX se firmava em quatro instituições. A primeira era o sistema de equilíbrio de poder que, durante um século, impediu a ocorrência de qualquer guerra prolongada e devastadora entre as Grandes Potências. A segunda era o padrão internacional do ouro que simbolizava uma organização única na economia mundial. A terceira era o mercado auto regulável, que produziu um bem-estar material sem precedentes. A quarta era o estado liberal. Classificadas de um certo modo, duas dessas instituições eram econômicas, duas, políticas. Classificadas de outra

⁷⁰ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**, p. 31.

⁷¹ MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles. **La libre competencia**, p. 21

⁷² Tradução livre: Esta passividade, contudo, estava plenamente justificada desde um ponto de vista ideológico. Se uma <mão invisível> faz que os empresários, ao perseguirem seu interesse particular, favoreçam simultaneamente o interesse geral, a tutela deste somente pode realizar-se garantido a eles uma ampla esfera de atuação subtraída de qualquer interferência do poder estatal.

⁷³ GAVIOLI, Maíra G. de Moraes; KARAM, Rachel A. Sotomaior. **Políticas concorrências no Comércio Internacional**. In: MOREIRA, EgonBockmann; MATTOS, Paulo T. Lessa. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 46.

maneira, duas delas eram nacionais, duas, internacionais. Entre si elas determinavam os contornos característicos da história de nossa civilização.⁷⁴

Ressalta-se que o liberalismo se apoiava no dogma do mercado auto-regulável, contudo:

Uma tal instituição não poderia existir em qualquer tempo sem aniquilar a substância humana e natural da sociedade; ela teria destruído fisicamente o homem e transformado seu ambiente num deserto. Inevitavelmente, a sociedade teria que tomar medidas para se proteger, mas, quaisquer que tenham sido essas medidas elas prejudicariam a auto regulação do mercado, desorganizariam a vida industrial e, assim, ameaçariam a sociedade em mais de uma maneira.⁷⁵

Surge, então, o que para muitos é o ponto de partida do estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico⁷⁶: o *Sherman Act* de 1890.

Não se pode, entretanto, deixar de registrar que a doutrina costuma apontar a existência de outras legislações antitruste anteriormente, nesse caso, o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, editado no Canadá em 1889. Neste sentido:

O pioneirismo do direito da concorrência é creditado ao Canadá que, em 1889, editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltadas a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis), o que foi incorporado três anos depois do primeiro Código Penal do Canadá. Nessa legislação explicitou-se que a fixação de preços e outros acordos entre competidores eram espécies de condutas abusivas.⁷⁷

Importa advertir que o *Sherman Act* não constitui reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva concentração do capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal.⁷⁸

⁷⁴ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Trad. Fanny Wrobel, 2 Ed. – Rio de Janeiro: Compus, 2000, p. 17.

⁷⁵ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**, p. 18.

⁷⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 65.

⁷⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate a cartéis**. 2 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

⁷⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 65.

É que, na virada do século, a economia estava passando por uma revolução violenta e intelectualmente difícil, com grande desacordo na comunidade acadêmica sobre os métodos adequados de análise.⁷⁹

Na verdade, a primeira metade do século XIX, os Estados Unidos da América, apresentava uma economia desaquecida e predominantemente agrícola, as empresas eram pequenas, e havia falta de mão de obra, assim como de capital.

Entre 1865 e 1873 houve a duplicação da malha ferroviária, as pequenas empresas dão muitas vezes lugar a monopólios e oligopólios, mediante processo de integração vertical e horizontal.⁸⁰

Este período apresentou um crescimento grande, marcado pela urbanização da população e pela produção em massa, a escassez de mão de obra foi abrandada pela imigração europeia e surgiram as empresas organizadas, denominadas *corporations*, o que permitia e atraía o investimento de capital.

Aponta-se que naquela época houve uma grande queda de preços, o que dificultava muitas empresas efetuarem um planejamento e, até mesmo, as bases do mercado, dando margem a incorporações, fusões e aquisições das mais diversas formas e espécies.

Isso resultou em uma redução das pequenas empresas, sendo tal preocupação exposta por Richard Hofstadter:

A nation that had gone so fast from competitive small enterprise to corporate giantism might readily go with equal speed from corporate giantism to a system of monopolistic tyranny.^{81 82}

Thomas DiLorenzo, em detalhado levantamento estatístico, com dados coletados no *US Bureau of the Census, Statistical Abstract of the U.S., US Government Printing Office*, aponta que a produção norte-americana estava

⁷⁹Nesse sentido: HOVENKAMP, Hebert J. **The first Great Law & Economics Movement**. Univerity of Iowa Legal Studies Research Paper, Number 09-22, 2009, p. 993.

⁸⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 67.

⁸¹ HOFSTADTER, Richard. **What happened to antitrust movement?** In: SULLIVAN, Thomas E. **The political economy of the Sherman Act: The first one hundred years**. Oxford University Press, 1991, p. 21.

⁸² Tradução livre: Uma nação que tinha ido tão rápido desde a pequena empresa competitiva para gigantismo empresarial pode facilmente ir com igual velocidade de gigantismo empresarial a um sistema de tirania monopolística.

crescendo a uma média de 24%, enquanto que alguns setores acusados de monopólio cresciam em média 175%. Assim, houve uma queda grande nos preços: aço para trilhos ferroviários, de U\$ 68 para U\$ 32; açúcar refinado, de 9 para 7 centavos de dólar e chumbo de U\$ 5,04 para U\$ 4,41.⁸³

Nesse processo, as estradas de ferro desempenham função decisiva: viabilizam o transporte de mercadorias e o escoamento da produção, integrando grande parte do país.⁸⁴

Ocorre que, especialmente, as estradas de ferro travaram um processo de competição predatória e de cartelização, incluindo acordos de venda casada e colusão vertical, dentre outros. É notório que tais acordos, não tinham respaldo jurídico e, portanto, não poderiam ser exigidos se alguma das partes resolvesse descumprir, o que permitia a incerteza e a instabilidade.

Este processo de monopólio e, até mesmo, de abuso do poder econômico, foi considerado ameaçador do desenvolvimento econômico e até político da nação.⁸⁵

Aponta-se que as eleições norte-americanas de 1888 foram marcadas por discursos antitruste, o que contribuiu para a eleição do presidente Harrison, com um discurso agressivo contra os trustes.

Pontualmente, o *Sherman Act* proibiu contratos e combinações que restringissem o comércio e, ainda, tentativas de monopolização de setores econômicos.

Herbert Hovenkamp resume o *Sherman Act* nos seguintes pontos:

Sherman Act §1: cartels and market-sharing arrangements; boycotts; vertical restraints generally imposed by a firm upstream, such as a factory, in a company 'Downstream', as a trader; historically, mergers. What all these practices have in common is that they require an 'agreement' between two or more actors.

Sherman Act §2: 'monopolization' or exclusionary practices, which are practices in which a dominant firm acting unilaterally seek to keep others out

⁸³ Nesse sentido conferir: DiLORENZO, Thomas. **Anti-trust, anti-trut. Organized crime: the unvarnished truth about government.** Auburn: Ludwig von MisesInstitute, 2012, p. 21.

⁸⁴ Nesse sentido: DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**, p. 56.

⁸⁵ CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de defesa da concorrência comentada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

of your market. These practices may include some of those listed in § 1, including mergers.

Sherman Act §2: changed in 1936 by Robison-Patman Act: a competitive harmful provision that often operates to limit the use of a wholesale price supplier, to make the distribution of your product more efficient.

Sherman Act §3: 'tying' and 'demanding exclusivity' that are practical vertical restraints by which a provider limits the range of products to its distributors can sell, although the law has expanded to other contexts as well.⁸⁶⁸⁷

O *Sherman Act* previu também a criminalização da 'monopolização' ou a sua tentativa. Restou, porém, uma problemática de sua aplicação a fatos praticados no passado. No que tange à criminalização, o problema era a definição do alcance do termo 'monopolização'.⁸⁸

Não se desconhece que há severas críticas quanto ao *Sherman Act*, sendo fato incontestável o elevado apelo político que tinha e, portanto, sujeito a grupos de pressão. Possivelmente, por esta razão, o *Sherman Act* apresentou mais avanço no campo legislativo do que no campo judicial⁸⁹.

Em 1914 foram promulgados o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*. A primeira lei previa as práticas desleais (discriminação de preços e contratos de exclusividade) e a segunda tinha como objetivo investigar condutas para aplicar a legislação antitruste.⁹⁰

⁸⁶ HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008, p. 20.

⁸⁷ Tradução livre: *Sherman Act*, §1: cartéis e acordos de divisão de mercado; boicotes; restrições verticais, geralmente imposta por uma empresa 'upstream', tal como uma fábrica, em uma empresa 'downstream', como um comerciante; historicamente, as fusões. O que todas essas práticas têm em comum é que eles exigem um 'acordo' entre dois ou mais atores.

Sherman Act §2: 'monopolização', ou práticas de exclusão, que são práticas pelas quais uma empresa dominante, agindo unilateralmente, buscam manter os outros fora de seu mercado. Essas práticas podem incluir algumas daquelas listadas no § 1, incluindo fusões.

Sherman Act §2: alterado em 1936 pelo *Robison-Patman Act*: uma disposição prejudicial competitiva que muitas vezes opera para limitar o uso de um fornecedor de preços por atacado, para fazer a distribuição de seu produto mais eficiente.

Sherman Act §3: 'amarrando' e 'exigindo exclusividade' que são práticas restrições verticais, através da qual um fornecedor limita a gama de produtos que os seus distribuidores podem vender, embora a lei tenha se expandido para outros contextos também.

⁸⁸ ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**. São Paulo: Quartier, 2014, p. 50.

⁸⁹ Nesse sentido: HOVENKAMP, Hebert J. **The first Great Law & Economics Movement**. Univerity of Iowa Legal Studies Research Paper, Number 09-22, 2009, p. 995.

⁹⁰ ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**, p. 51.

Sobre tais normas, José Maria Arruda de Andrade aponta que:

Com isso, os Estados Unidos passam a ter uma legislação preocupada com os acordos anticompetitivos, com a monopolização e com a concorrência leal para evitar obstáculos contra a entrada de novos concorrentes nos mercados.

Além disso, a legislação passa a prever uma série de práticas desleais (inclusive com proibições *per se*) para evitar que se criem monopólios. Adota-se, assim, a teoria que defende o combate dos monopólios já em seu início (*incipiency*), evitando-se a prática desleal que permita a empresas obterem participações indesejáveis no mercado.⁹¹

O *Clayton Act* adotou uma sistemática interessante e inspirou muitas legislações do Direito Concorrencial, porque impôs uma causa qualificadora, ao exigir que as condutas ilícitas restringissem concorrência de forma não razoável ou se revelassem tendentes à criação de monopólio.

1.3 A Escola de Chicago e a Escola de Harvard

O estudo da formação histórica do Direito Concorrencial, assim como das principais escolas de pensamento, ou melhor, as escolas que tiveram maior expressão, é relevante pois influenciaram tanto legislações quanto o Poder Judiciário.

Nesse sentido, é importante tratar do caso norte-americano, onde o sistema jurídico é o *common law*, tal como a Escola de Chicago, que nasceu por volta de 1950, em um cenário pós-guerras.⁹² Assim, o antitruste retornou com muita evidência, tendo sido aplicado com severidade pela Suprema Corte norte-americana. Muitas destas decisões eram insensatas e impossíveis de serem defendidas hoje,⁹³ e proporcionaram que o pensamento da Escola de Chicago ganhasse força.

⁹¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**, p. 51

⁹² No período das guerras, especialmente a Segunda Grande Guerra Mundial, o antitruste não esteve em evidência, e pouco era possível em se preocupar com práticas concorrências, já que o próprio comércio estava por vezes comprometido.

⁹³ Nesse sentido: PITOFKY, Robert. **Introduction: Setting the stage**. In: PITOFKY, Robert. **How the Chicago School overshot the Mark: The effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 4.

O pensamento fundador foi o de Aaron Director. Seu trabalho resumiu-se à aplicação, ainda bastante simplificada, da *Prince Theory*⁹⁴ ao direito antitruste, em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assistemáticos e descritivos.⁹⁵ Sobre a Escola de Chicago, Alberto R. Dalla Via explica que:

Fue en la Universidad de Chicago donde las enseñanzas de Milton Friedman repercutieron sobre la escuela de derecho, de modo tal que autores como Coase comenzaron a formular sus distintos análisis que fueron dando forma a lo que más tarde sería una corriente de gran aplicación. Este autor desarrolla la idea de que el costo social representa un 'coste externo', criticando, implícitamente, la economía del bienestar. De ese modo, para Coase la intervención del Estado solo es aceptable en la corrección de una deficiencia del mercado si verdaderamente implica un coste menor que el coste del fallo del mercado que se intenta corregir.⁹⁶

Diego Coutinho faz uma explicação sintética do Teorema de Coase:

Uma norma jurídica pode favorecer distribuições ineficientes de direitos, e, se isso ocorrer, os indivíduos tenderão a realocar esses direitos de forma mais eficiente para melhorar as condições de bem-estar de todos por meio de negociações privadas, desde que não haja custos de transação impeditivos.⁹⁸

A Escola de Chicago teve um ápice na década de 1980, durante o governo Reagan,⁹⁹ e trouxe de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores¹⁰⁰.

Paula Forgioni, sobre o tema, ressalta que:

O modelo chicaguiano de pensamento é, acima de tudo, positivista e procura distanciar do direito aquilo que poderia desestabilizá-lo. Para a Escola de Chicago, a certeza e segurança demandam o afastamento dos

⁹⁴ Teoria dos preços – tratou de colocar no centro do direito antitruste o pensamento econômico, voltado a preços [custos e venda] com o que se permitia inclusive tutelar o interesse dos consumidores, e não mais somente os concorrentes.

⁹⁵ CALIXTO FILHO, Salomão. **Direito Concorrencial – As condutas**, p. 21.

⁹⁶ DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**, p. 72.

⁹⁷ Tradução livre: Foi na Universidade de Chicago, onde os ensinamentos de Milton Friedman repercutiram sobre a Escola de Direito, que autores como Coase começaram a formular suas distintas análises, que foram dando forma ao que mais tarde seria uma corrente de grande aplicação. Este autor desenvolve uma ideia de que o custo social representa um custo externo, criticando implicitamente, a economia de bem estar. Desse modo, para Coase a intervenção do Estado somente é aceitável na correção de uma deficiência do mercado, se verdadeiramente implica em um custo menor que o custo da falha de mercado que pretende corrigir.

⁹⁸ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

⁹⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 169.

¹⁰⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 171.

elementos que não levam à eficiência alocativa e que comprometem o grau de previsibilidade do sistema.¹⁰¹

O pensamento da Escola de Chicago tem, inegavelmente, um caráter consequencialista forte. Nele, há o emprego do pragmatismo e pouco apelo aos argumentos morais. O que se almeja é, predominantemente, um resultado eficiente. Por evidência, esta eficiência respeita os pressupostos jurídicos, nos quais, inclusive, espera estabilidade e segurança, como forma de permitir a previsibilidade.

É verdade que esta escola de pensamento já apresentou um viés mais liberal, ou neoliberal, ao negar, por vezes, influências sociais. Ressalte-se, contudo, que a doutrina mais moderna, que vem sendo desenvolvida na Escola de Chicago, dá conta de um pensamento lastreado ainda na eficiência na economia, mas com caráter de instituição jurídica ou social.

A Escola de Chicago encontrou forte oposição na chamada Escola de Harvard, também denominada Escola Estruturalista.¹⁰² A denominação estruturalista se dá porque o pensamento se preocupa com a estrutura do mercado. Sobre o tema, José Maria Arruda de Andrade explica que:

Edward Mason e Joe Bain desenvolveram uma forma de analisar a concorrência industrial, de forma a relacionar a estrutura de uma indústria específica e seu desempenho, ou seja, seu grau de competitividade. Essa ferramenta de análise ficou conhecida como *Structure-Conduct-Performance* ou S-C-P. Ao observar a estrutura de um determinado mercado (número de agentes, diferenciação do produto, barreiras de entrada, estruturas de custo, grau de verticalização, *know-how* escasso, exigência de maior volume de capital), seria possível presumir as condutas dos agentes (estratégias de preços, investimentos em inovação, em publicidade, relação com concorrentes e com distribuidores e clientes) e seu desempenho (eficiência alocativa e produtiva, progresso, equidade e lucros) – tudo isso baseado no modelo monopolístico de maximização do lucro.¹⁰³

Os defensores mais radicais dessa abordagem se posicionavam contra qualquer concentração de mercado, mesmo quando essa significava menores custos ou preços. Tal tese foi acolhida pelo Poder Judiciário, principalmente no período entre 1930 e 1960, e era fundada na ilegalidade presumida da conduta de empresas com amplo poder de mercado.¹⁰⁴

¹⁰¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 174.

¹⁰² CALIXTO FILHO, Salomão. **Direito Concorrencial – As condutas**, p. 21.

¹⁰³ ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**, p. 57.

¹⁰⁴ FERRAZ, André Santos. **As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Harvard e Chicago**. RDC, Vol 2, N° 2, Novembro/2014 – pp. 180-206, p. 190.

Observa-se que um dos fatores que fez com que o pensamento da Escola de Havard fosse acolhido naquela época foi, especialmente, o término da Segunda Guerra mundial, pois proporcionou que diversas empresas tivessem um amplo poder de mercado.

Como os adeptos desta Escola não acreditavam que as forças de mercado eram fortes o suficiente para eliminar ou diminuir o poder da firma dominante, eles defendiam um firme controle de fusões e a dissolução das grandes firmas. Estas poderiam atingir negativamente o sistema econômico, como um todo, e a política antitruste deveria ser aplicada em favor dos consumidores e dos pequenos produtores, para o aumento da distribuição de riqueza.¹⁰⁵

As principais características destas escolas podem ser sintetizadas da seguinte forma:

Quadro sintético das Escolas de Chicago e Harvard

PONTO	CARACTERÍSTICAS	
	CHICAGO	HARVARD
Foco temporal da análise	Curto prazo	Curto prazo
Visão de colaboração entre firmas	Não haveria problemas, desde que não fixasse preços.	Suspeita de ser anticompetitiva.
Origem do poder de mercado	Firmas mais produtivas ou em razão de intervenções governamentais	Práticas injustas e excludentes.
Efetividade da intervenção governamental	Baixa	Alta
Uniformidade da corrente teórica	Sim	Sim

Fonte: pesquisa do autor

¹⁰⁵ FERRAZ, André Santos. **As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Havard e Chicago**, p. 192.

O fato é que a Escola de Harvard praticamente desaparece¹⁰⁶, segundo a explicação de José Maria Arruda de Andrade:

Os autores da Escola de Harvard acabaram por abandonar muitos de seus pressupostos, após a elaboração dos construtos da Escola de Chicago. Ainda assim, se, após acirrado debate acadêmico, os pressupostos neoclássicos se impuseram, alguns critérios de análise do tipo estrutural são úteis e muito operacionais, sobretudo para analisar o grau de concentração de um determinado mercado relevante. Ou seja, se de um lado, as presunções a partir de dados estruturais de abuso de poder econômico foram relativizadas, por outro, vários índices para analisar graus de concentração foram desenvolvidos para permitir a análise de possíveis consequências de atos de concentração.¹⁰⁷

Soma-se ainda, que a Escola de Chicago passou a ter novas abordagens, por vezes nominadas de Pós-Chicago, que apresenta estudos e pensamentos de ordem econômica comportamentais, como a teoria dos jogos, dos mercados contestáveis e a teoria dos custos de transação, por exemplo.

Por isso, a Escola Neoclássica de Chicago é hoje prevalente na doutrina econômica que trata da questão concorrencial,¹⁰⁸ contudo, este ofuscamento da Escola de Harvard, deve ser levado com parcimônia, em virtude da continuação da obra de autores próximos e, ainda, porque teve um papel importante no debate internacional.¹⁰⁹

1.4 A Nova Escola Institucionalista

Richard Posner aduz que, o termo 'nova' pressupõe a existência de uma economia anterior,¹¹⁰ porque os velhos rejeitavam a teoria econômica clássica, a teoria de Adam Smith. A nova, por sua vez, questiona seriamente a teoria econômica neoclássica e apresenta um lado positivo de estudo das instituições.¹¹¹

Invariavelmente, o institucionalismo é tido como uma linha de pensamento oposta ao neoclassicismo, vinculada ao evolucionismo. Seu núcleo de pensamento

¹⁰⁶ CALIXTO FILHO, Salomão. **Direito Concorrencial – As condutas**, p. 22.

¹⁰⁷ ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**, p. 58.

¹⁰⁸ CALIXTO FILHO, Salomão. **Direito Concorrencial – As condutas**, p. 22.

¹⁰⁹ ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do direito concorrencial**, p. 59.

¹¹⁰ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 450.

¹¹¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 451.

relaciona-se aos conceitos de instituições, hábitos, regras e sua evolução, tornando explícito um forte vínculo com as especificidades históricas e com abordagem evolucionista.¹¹²

Geoffrey Hodgson, referindo-se ao antigo institucionalismo, expõe que:

In contrast to neoclassical economics, which has a universal theoretical framework related to behavior and rational choice, which leads to price theory, economic welfare, and so on, the institutional economics, however, does not assume that the conceptions based on the habits of human activity provide a theory or operational analysis. It is needed other elements to demonstrate how specific groups of common habits are rooted in specific social institutions. In this sense, institutionalism moves from the abstract to the concrete.^{113 114}

Uma segunda fase ou uma segunda abordagem, denominada de neo-institucionalista, foi fortemente influenciada pelo pensamento da anterior, dentre outros. Essas ideias, podem ser agrupadas em quatro eixos:

First, the economy is seen as a 'continuous process', which is opposed to the assumptions of orthodox economics, as the 'positive economics' is not related to time, place and circumstances;
Second, the interactions between institutions, technology and values are of fundamental importance;
Third, the Orthodox economic analysis is rejected for being too deductive, static and abstract, being more in celebration of the dominant economic institutions, rather than a search for truth and social justice;
Fourth, institutionalists emphasize aspects ignored by many mainstream economists, as the empirical and theoretical work in other disciplines, which give you a multidisciplinary, ie, recognize the importance of interests and conflicts, technological change, and the lack of a constant (for example, the speed of light) applied to the human will, making it difficult to understand the economy as a 'positive' theory.^{115 116}

¹¹² CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. **A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições**. Porto Alegre: Ensaios FEE v.23, n1, p. 77-106, 2002, p. 81.

¹¹³ HODGSON, Geoffrey M. **The approach of institucional economics**. Journal of Economic Literature, v.36, p. 166-192, 1998, p. 169.

¹¹⁴ Tradução livre: Em contraste com a economia neoclássica, que possui uma estrutura teórica universal, relacionada ao comportamento e à escolha racional, que leva à teoria dos preços, ao bem-estar econômico e, assim por diante, a economia institucional, pelo contrário, não pressupõe que as concepções baseadas nos hábitos da atividade humana proporcionem uma teoria ou análise operacional. São necessários outros elementos para demonstrar como grupos específicos de hábitos comuns estão enraizados em instituições sociais específicas. Nesse sentido, o institucionalismo move-se do abstrato para o concreto.

¹¹⁵ MARSHALL, Ray. **Commons, Veblen, and other economists: remarks upon receipt of the Veblen-Commons award**. Journal of Economic Issues, v.26, n.2, p. 301-322, 1993, p. 302.

¹¹⁶ Tradução livre: Primeiro, a economia é vista como um 'processo contínuo', que se opõe às hipóteses da economia ortodoxa, à medida que a 'economia positiva' não está relacionada a tempo, lugar e circunstâncias; Segundo, as interações entre instituições, tecnologia e valores são de fundamental importância; Terceiro, a análise econômica ortodoxa é rejeitada por ser demasiadamente dedutiva, estática e abstrata, constituindo-se mais em celebração das instituições econômicas

Ronald Coase, em um dos seus trabalhos, deu início à Nova Escola Institucional, notadamente em 1937. No início da década de 60, Oliver Williamson buscou aprimorar o trabalho de Coase,¹¹⁷ avançando em explicações dos mercados e das hierarquias, mas, principalmente, nos elementos que levam a empresa a decidir a respeito de quais transações realizar, onde e por que.¹¹⁸

Williamson fez em seus trabalhos inúmeras referências ao pensamento de Herbert Simon, especialmente no que se refere a sua preocupação com uma teoria organizacional macro.¹¹⁹

Herbert Simon aduz que a racionalidade é limitada¹²⁰¹²¹ [escassa] e, por isso, é aliada ao oportunismo, portanto, nega ou ao menos flexibiliza, a ideologia neoclássica de que as instituições necessariamente evoluem de forma eficiente.¹²² Era o pensamento de Adam Smith, segundo o qual a economia, deixada nas mãos dos atores, evolui, geralmente, para os melhores arranjos do ponto de vista de bem-estar de todos.¹²³

dominantes, do que uma procura pela verdade e justiça social; Quarto, os institucionalistas enfatizam aspectos ignorados por muitos economistas ortodoxos, como os trabalhos empíricos e teóricos de outras disciplinas, que lhe conferem um caráter multidisciplinar, ou seja, reconhecem a importância de interesses e conflitos, a mudança tecnológica, e a inexistência de uma constante (como, por exemplo, a velocidade da luz) aplicável à vontade humana, o que torna difícil compreender a economia como uma 'teoria positiva'.

¹¹⁷ Coase registra que: “*A questão sobre a eventual existência de uma presunção de necessidade de intervenção governamental, quando se observa uma “externalidade”, depende das condições de custo na economia em questão*”.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 27.

¹¹⁸ Nesse sentido: TABOADA, Eunice Leticia. **Economía de la gobernanación o economía de los costos de transacción**. Ciudad de México: Ide@s, Concyteg 58, abril/2010, pp 317-336, p. 318.

¹¹⁹ Nesse sentido conferir: WILLIAMSON, Oliver E. **The theory of the firm as governance structure: From choice to contract**. Pittsburgh: Journal of Economic Perspectives, 2002, 3, pp 171-195, p. 173.

¹²⁰ SIMON, Hebert. **From substantive to procedural rationality**. In Latsis, S. method and appraisal in economics. Cambridge: Cambridge University Press, 1976. Tradução livre do autor.

¹²¹ Williamson, aponta que: “comportamento que é intencionalmente racional, mas apenas limitadamente assim.” In: WILLIAMSON, Oliver E. **Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives**. Administrative Science Quarterly, v. 26, 1991, p 114.

¹²² CALIENDO, Paulo; RIBAS, Juliana. **Análise Econômica de Políticas Fiscais: o caso do Brasil**. 19 Conferência Anual da ALACDE em San Domingo, 13 e 14 de Julho de 2015. Disponível em: <<http://alacde2015.org/papers/30.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹²³ MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

Sobre esse argumento, Herbert Simon esclarece que:

Si la economía es capaz de encontrar generalizaciones comprobables y comprobadas acerca de la conducta económica humana, entonces estas generalizaciones forzosamente han de tener un puesto en las teorías más generales del comportamiento humano a que aspiran la psicología y la sociología.

(...)

En términos generales, la economía puede definirse como la ciência que describe y predice la conducta de diversas clases de hombre económico, y en especial del consumidor y del empresário.^{124 125}

Firmas, mercados e relações contratuais são importantes instituições econômicas, e considerados o produto evolucionário de uma série de inovações organizacionais.¹²⁶

Estas instituições são encaradas como 'arranjos institucionais' que, por outro lado, dirigem-se aos objetivos e escolhas realizadas pelos atores individuais de modo específico para determinar relações econômicas específicas.¹²⁷

De outro prisma, define-se como 'ambiente institucional' todas as regras que orientam ou definem as regras de conduta, tais como constituições, leis, códigos, regulamentos e inclusive, regras morais.

Douglas North, acerca das instituições, leciona o seguinte:

I define institutions as the formal rules (constitutions, statute and common Law, regulations, etc.), the informal constraints norms of behavior, conventions, and internally imposed codes of conduct), and the enforcement characteristics of each. Because they make up the incentive structure of a society they define the way the game is played and the way they evolve determines the way the game is played through time.¹²⁸¹²⁹

¹²⁴ SIMON, Hebert. **Teorias acerca de laadopcion de decisionesen economia y lacienciadelcomportamiento**. In: SIMON, Hebert A.; DORFMAN, Robert.; HICKS, J.R.; **Panoramas contemporáneos de la teoria económica III**. Madrid: Alianza, 1970, p 17, 18.

¹²⁵ Tradução livre: Se a economia é capaz de encontrar generalizações comprováveis e comprovadas a respeito da conduta econômica humana, então estas generalidades forçosamente haverão de ter um encontro nas teorias mais gerais do comportamento humano a que aspiram a psicologia e sociologia. (...) Em termos gerais, a economia pode definir-se como a ciência que descreve e prediz a conduta de diversas classes de homens econômicos, e em especial do consumidor e do empresário.

¹²⁶ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais**. São Paulo: Pezco, 2012, p. 13.

¹²⁷ CALIENDO, Paulo; RIBAS, Juliana. **Análise Econômica de Políticas Fiscais: o caso do Brasil**.

¹²⁸ NORTH, Douglas C. **Economic performance through time: the limits to knowledge**. Washington University, 1994, p 2.

¹²⁹ Tradução livre: Eu defino instituições como as regras formais (constituições, estatuto e lei comum, regulamentos, etc.), as restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta impostas internamente), e as características de aplicação de cada.

Para a Nova Escola Institucionalista, o sopesar entre o ambiente institucional e os arranjos institucionais revela custos de transação, que são custos de funcionamento do sistema econômico, portanto, distintos dos custos de produção.

Custos de transação, assim, são os equivalentes econômicos ao atrito dos sistemas físicos,¹³⁰ e contemplam também a incerteza que caracteriza as relações de mercado.¹³¹ Há, ainda, a preocupação em atribuir dimensões a essas transações, por meio do uso de elementos objetivos e observáveis e da busca da identificação de ações oportunistas de uma ou mais partes envolvidas na transação e sua repercussão sobre as demais.¹³²

Acerca dos custos de transação, cabe o ensinamento de Oliver Williamson:

A economia dos custos de transação pressupõe que os agentes humanos possuem racionalidade limitada, por isso o comportamento é 'intencionalmente racional, mas apenas limitadamente assim' (Herbert Simon) e são dados ao oportunismo, que é uma condição de busca do auto-interesse com avidez. Ademais, a economia dos custos de transação afirma que a dimensão mais crítica para descrever as transações é a condição da especificidade do ativo.

As partes engajadas em uma negociação, que é sustentada por investimentos não triviais em ativos específicos à transação, estão efetivamente operando em uma relação bilateral, uns com os outros. A harmonização da interface contratual que junta as partes, de forma a efetivar a adaptabilidade e promover a continuidade da relação, torna-se a fonte de valor econômico real.¹³³

Em regra, a economia dos custos de transação estabelece quatro proposições: (i) a transação é a unidade básica de análise; (ii) qualquer problema deve ser investigado de forma útil em termos de economização dos custos de

Porque elas compõem a estrutura de incentivos de uma sociedade, definem a forma como o jogo é desempenhado e a forma como eles evoluem, determina a forma como o jogo é jogado através do tempo.

¹³⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais**, p. 16.

¹³¹ SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito concorrencial: as condutas**, p. 29.

¹³² AZEVEDO, Paulo Furquim de. **A teoria da organização industrial e a economia dos custos de transação: linhas gerais do referencial analítico**. In: FARINA, Elizabeth M.M. Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: Mercado, Estado e Organizações**. São Paulo: Singular, 1997, pp. 29-111, p. 49.

¹³³ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais**, p. 26.

transações; (iii) é de se traçar uma avaliação institucional comparativa; (iv) devem ser considerados a racionalidade limitada e o oportunismo.¹³⁴

A Nova Escola Institucionalista também se vale dos preceitos da teoria dos jogos, teoria esta que também foi trabalhada por Herbert Simon. Nesse cenário, Douglas North ensina que:

Before going on it is useful to distinguish institutions from organizations. Institutions are the rules of the games; organizations are the players. The latter are made up of groups of individuals bound together by some common objective—for example firms are economic organizations, political parties or legislatures are political organizations, universities are educational organizations.

In broad outline the process of economic change is as follows. Organizations and their entrepreneurs are the actors; they will introduce new institutions or technology when they perceive that they can improve their competitive position by such innovation. Their perceptions are a function of the belief systems they possess.¹³⁵¹³⁶

Uma das contribuições centrais desta linha de pensamento e investigação é o avanço na compreensão e intercâmbio, como destaque da sua importância no estudo da empresa. Com isto foi possível considerar as especificações do comportamento humano dos atributos das transações e implicações de ambas.

Outra consequência importante é chamar a atenção para as diferenças específicas entre o comportamento dos monopólios e dos oligopólios,¹³⁷ de modo que é relevante entender que:

Que dada la naturaleza del agente económico, las relaciones contractuales son incompletas y con diferentes costos, en función del tipo de transacción y,

¹³⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais**, p. 36.

¹³⁵ NORTH, Douglas C. **Economic performance through time: the limits to knowledge**. Washington University, p. 2.

¹³⁶ Tradução livre: As instituições são as regras do jogo; organizações são os jogadores. Estes últimos são constituídos por grupos de indivíduos unidos por um objetivo comum - por exemplo, as empresas são econômicas organizações, partidos políticos ou legislativos são organizações políticas, as universidades são organizações educacionais.

Em linhas gerais, o processo de mudança econômica é o seguinte: organizações e seus empresários são os atores; eles vão introduzir novas instituições ou a tecnologia quando eles perceberem que podem melhorar a sua posição competitiva, tal inovação e suas percepções são uma função dos sistemas, uma crença que possuem.

¹³⁷ SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito Concorrencial**, p. 394

Que la incertidumbre, la información asimétrica y el intercambio de números pequeños, pueden afrontarse de distinta manera y con diferentes costos y consecuencias.^{138 139}

E ainda:

Entre los principales atributos que distiguen a las formas de gobernación se encuentran: la intensidad de los incentivos, los controles administrativos y el régimen de reglas legales.

Estas características permiten diferenciar la capacidad adaptativa (tanto la autônoma, como la cooperativa) de cada opción de gobernación, y con ello distinguir y contrastar sus fortalezas y debilidades.^{140 141}

A Nova Escola Institucionalista está direcionada para o estudo da estrutura social, política, jurídica e econômica, que prepara o ambiente para estimular a livre iniciativa do comportamento humano, já que este ambiente institucional afeta a alocação de recursos dentro da sociedade.¹⁴²

Através do pensamento e da forma investigativa da Nova Escola Institucionalista, valendo-se da interdisciplinaridade, é possível compreender: os limites os mecanismos de coordenação, os custos, o poder público, as empresas, as leis e os consumidores, ou seja, organizações econômicas [instituições jurídicas] e reconhecer falhas de mercado e, quiçá, desenvolver instituições que apresentem menor grau de fricção nos custos de transação.

1.5 O mercado como instituição jurídica¹⁴³

¹³⁸ TABOADA, Eunice Leticia. **Economía de lagobernación o economia de loscostos de transacción**, p. 329.

¹³⁹ Tradução livre: i) Que dada a natureza do agente econômico, as relações contratuais são incompletas e com diferentes custos, em função do tipo de transação. ii) Que a incerteza, a informação assimétrica e o intercâmbio de números pequenos, podem afrontar-se de diversas maneiras e com diferentes custos e consequência.

¹⁴⁰ TABOADA, Eunice Leticia. **Economía de lagobernación o economia de loscostos de transacción**, p. 330.

¹⁴¹ Tradução livre: Entre os principais atributos que distinguem as formas de governança se encontram: i) A intensidade dos incentivos; ii) Os controles administrativos e, iii) O regime de regras legais. Estas características permitem diferenciar a capacidade adaptativa (tanto a autônoma quanto cooperativa) de cada opção de governança e com ela distinguir e contrastar suas forças e fraquezas.

¹⁴² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. p. 113.

¹⁴³ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. **Aspectos destacados da regulação dos contratos entre distribuidoras e postos revendedores sob a ótica da defesa da concorrência**. 19 Conferência Anual da ALACDE em San Domingo, 13 e 14 de Julho de 2015. Disponível em: <<http://alacde2015.org/papers/8.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

O vocábulo *mercado* possui ao menos quatro distintas acepções, quais sejam: (i) pode ser um lugar, (ii) uma ideologia, (iii) um paradigma de ação social ou (iv) uma instituição, tal como explica Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

A visão do mercado como lugar compreende o local em que se realizam as transações economicamente apreciáveis; a ideológica associa-o à liberdade individual; a ação social atrela-o a uma determinada forma de ordenação da vida em sociedade, apesar das incertezas que são inerentes à pluralidade e à diversidade de seus atores. Por fim, a ideia de mercado como instituição refere-se ao seu papel de 'regulador dos comportamentos e de expectativas de comportamentos', bem como de 'organizador de relações sociais'.¹⁴⁴

Aquilo que é chamado terra, é um elemento da natureza inexplicavelmente entrelaçado com as instituições do ser humano. Isolá-la e com ela formar um mercado, foi talvez o empreendimento mais fantástico dos ancestrais.¹⁴⁵

O mercado é preciso deixar claro, não é uma força abstrata, tampouco uma entidade desencarnada,¹⁴⁶ mas uma instituição que representa um conjunto de decisões tomadas pela sociedade e formalizadas em normas jurídicas sobre a produção e a alocação de riquezas.¹⁴⁷ Esta compreensão ultrapassa, em muito, o mero conceito de mercado como lugar de trocas.

Os mercados de trabalho, terra e dinheiro, são fáceis de distinguir; não é tão fácil distinguir aquelas partes de uma cultura cujo núcleo é formado por seres humanos, seus ambientes naturais e as organizações produtoras.¹⁴⁸

Luiz Carlos Bresser-Pereira aduz que o desenvolvimento econômico tem dois conceitos e instituições essenciais, um é o Estado:

Em cada estado-nação ou estado nacional teremos uma nação ou sociedade civil e um estado. Entende-se aqui por nação uma sociedade que compartilha um destino comum e logra se dotar de um estado para ser seu instrumento de ação coletiva; por estado, a organização com poder para definir a lei, e a própria ordem jurídica que esse estado garante; por estado-nação, ou estado nacional, ou país, o ente territorial soberano formado por

¹⁴⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

¹⁴⁵ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**, p. 214.

¹⁴⁶ Nesse sentido: GONZALES, Andrés; ORSI, Rocío. **La economía a la intemperie, quebra política em el mundo contemporâneo**. Barcelona: Deusto: 2015, p. 100.

¹⁴⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: A atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 51.

¹⁴⁸ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**, p. 196.

uma nação, um estado e um território. Dessa forma, embora seja comum falar-se em estado como sinônimo de estado-nação, estamos distinguindo os dois termos. O estado tem uma dupla natureza: é ao mesmo tempo uma instituição organizacional – a entidade com capacidade de legislar e tributar uma determinada sociedade, e uma instituição normativa – a própria ordem jurídica ou o regime político-constitucional. Em cada estado-nação o estado é o instrumento de ação coletiva que a nação usa para promover seus objetivos políticos.¹⁴⁹

A segunda instituição, o mercado, é assim definida por Bresser-Pereira:

O mercado é a instituição que, através da competição, coordena a divisão do trabalho e a alocação dos recursos produtivos. Os mercados existiram antes dos Estados nacionais, mas os mercados modernos são socialmente constituídos: são organizados e regulados pelos estados nacionais a nível nacional e internacional. O dinheiro, finalmente, é a instituição que serve de meio de troca e reserva de valor para que o mercado possa funcionar. Nesse quadro, o estado é a matriz das demais instituições formais de um Estado-nação; os mercados e o dinheiro são as duas instituições econômicas por excelência que viabilizam o objetivo econômico das nações: o desenvolvimento econômico¹⁵⁰.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao questionar qual mercado se fala quando se trata da ordem econômica ou do Direito Concorrencial, responde que:

Em conexão com o princípio da livre concorrência, está a determinação constitucional do art. 173, § 4º: 'A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros'.

Note-se, inicialmente, que o § 4º do artigo 173 está inserido num dispositivo cujo *caput* cuida da 'exploração direta da atividade econômica pelo Estado'. Os §§ 1º, 2º e 3º tratam de delimitar particularmente a atividade da empresa pública e o § 5º determina que a lei, 'sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às prescrições compatíveis com sua natureza nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular'.

Em suma, o art. 173, como um todo, que cuida da articulação do Estado na economia, estabelece normativamente uma concepção global de mercado, no qual concorrem empresas públicas e privadas ('§3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade'), num contexto abrangente ('ordem econômica e financeira' e 'economia popular' - § 5º).¹⁵¹

¹⁴⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico**. Curso de Desenvolvimento Econômico, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 5.

¹⁵⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico**, p. 6.

¹⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A concorrência como direito transindividual na Constituição Federal**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 145.

O fato é, que o mercado não é uma instituição espontânea natural, mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, e opera com fundamento em normas jurídicas que o regulam, limitam-no e conformam-no, é um *locus artificialis*.¹⁵²

A concepção comporta ainda uma maior amplitude, porque o mercado pode ser compreendido ainda em dimensão geográfica, em relação a um produto ou outras tantas classificações limitativas que, no Direito Concorrencial, recebem a nomenclatura de *mercado relevante*.

A questão é que a compreensão de mercado para o direito não pode ser outra a não ser de uma instituição jurídica, ainda que esta instituição tenha surgido com o propósito econômico. Assim evoluiu e evolui, dinamicamente de forma a contemplar todos os atores e fatores, interesses e desinteresses cabendo ao direito equilibrá-los.

Nesta ordem de ideias, é possível compreender e aceitar que o conceito de mercado em abstrato pode até ser unívoco, mas em sentido material sempre será um conceito de instituição jurídica indeterminada, que somente chegará ao conteúdo de acordo com o objetivo da análise, do foco e, especialmente, do problema que se busca solucionar.

O mercado é uma construção afetada por diversos fatores, tal como expõe Antônio José Avelãs Nunes:

O mercado deve antes considerar-se, como o estado, uma instituição social, um produto da história, uma criação histórica da humanidade, correspondente a determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas; uma instituição social, destinada a regular e a manter determinadas estruturas de poder que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais.¹⁵³

É preciso, entretanto, ter cautela quanto a eventuais interesses de classe. Karl Polany, neste sentido destaca que:

Os meros interesses de classes não podem, portanto, oferecer uma explicação satisfatória para qualquer processo social a longo prazo. Primeiro, porque o processo em questão pode decidir sobre a existência da própria classe; segundo, porque os interesses de dadas classes

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, p. 29.

¹⁵³ NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 5.

determinam apenas os objetivos e os propósitos em cuja direção essas classes lutam, e não também o sucesso ou fracasso de tais esforços. Não existe qualquer mágica nos interesses de classe que possa 'garantir' aos membros de uma classe o apoio dos membros de outra classe.¹⁵⁴

Polany esclarece, ainda, acerca da argumentação de que a sociedade seja naturalmente condicionada por fatores econômicos, o seguinte:

Temos que nos resguardar, porém, contra o prejulgamento do assunto, que é precisamente em que medida uma tal motivação insólita podia se tornar efetiva.

Assuntos puramente econômicos como os que afetam o desejo-satisfação são incomparavelmente menos relevantes para o comportamento de classe do que questões de reconhecimento social. O desejo-satisfação pode ser, sem dúvida, o resultado de um tal reconhecimento, especialmente como seu indício ou prêmio exterior. Todavia, os interesses de uma classe se referem mais diretamente à sua posição e lugar, ao *status* e segurança, isto é, eles são basicamente não-econômicos, mas sociais¹⁵⁵.

Neste contexto de que o mercado intimamente regulado pelo monopolista das regras jurídicas, o Estado, portanto, é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto pelo Estado.¹⁵⁶ Este, por sua vez, impõe o dever-poder de limitar a liberdade e poder de toda a sociedade, e do próprio Estado.

Desta forma, é imperativo ao Estado proporcionar o delicado equilíbrio entre a liberdade e o excesso, entre o poder de mercado e o abuso do poder, conferindo ainda equidade às classes que se opõem (capitalistas e trabalhadores, ricos e pobres, direita e esquerda, conservadores e progressistas), e que aparentam estar em permanente conflito. Assim a cooperação e, portanto, o equilíbrio é essencial para ter um maior desenvolvimento, sendo ainda mais essencial, um grande acordo entre as classes em sua competição internacional.¹⁵⁷

Por tudo isso, o conceito, de mercado, é mais apropriado ser aberto ou variável, resultante da adaptação dos fatos jurídicos que se perseguem, somados ao contexto dos demais valores.

¹⁵⁴ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**, p. 186.

¹⁵⁵ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**, p. 187.

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, p. 34.

¹⁵⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico**, p. 8.

1.6 Posição dominante e abuso

Quando se faz referência ao Direito Concorrencial, logo se atrai o pensamento de monopólio e de oligopólio, que conduz à investigação da denominação de posição dominante.

Esta posição dominante não necessariamente decorre do monopólio, mas do poder da empresa ou do ente concorrencial agir de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento de outros agentes¹⁵⁸.

A posição dominante em si, não é punível, isto porque, parte do pressuposto que esta posição dominante pode ser decorrente da maior eficiência do agente econômico. Portanto, os concorrentes podem sofrer danos que são lícitos, porém, a posição dominante, não permite seu abuso, o que transforma os danos em ilícitos.

No campo do Direito Concorrencial, o *poder econômico*, próprio ao agente em posição dominante, para fins de um trabalho jurídico, deverá ser tomado como *potestas*,¹⁵⁹ portanto, um direito potestativo.

A expressão potestativo, deriva do termo latim *potestas*, que vem *depois*, isto é, “que quer dizer senhor, possuidor no seu sentido mais remoto. Posteriormente, *potis* também se diz de quem “pode” ou “daquele que é capaz de”.¹⁶⁰ O *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* define que:

Diz-se que um ato é potestativo quando seu cumprimento depende da vontade exclusiva de uma das partes contratuais sendo, portanto, uma condição do contrato. Por seu turno, direito potestativo é o direito sobre o qual não recai qualquer discussão, ou seja, ele é incontroverso, cabendo a outra parte apenas aceitá-lo, sujeitando-se ao seu exercício. Desta forma, a ele não se contrapõe um dever, mas uma sujeição.¹⁶¹

A essência de um direito potestativo é que inexistente relação jurídica para os seus destinatários que sofrem a sua incidência. Há, pois, um autêntico dever

¹⁵⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 260.

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 262.

¹⁶⁰ HORTA, Luciana Simões Rebello. **Direito potestativo do mercado de capitais: uma percepção quântica do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 149.

¹⁶¹ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 80.

jurídico de sujeição por parte daquele que sofre a incidência do direito potestativo, inviabilizando qualquer ação em contrário.¹⁶² Caracteriza-se, portanto, como uma declaração unilateral de vontade.¹⁶³

Disso decorre que o ato-reflexo do direito potestativo traduz-se, na necessidade de suportar as suas consequências jurídicas – e isso não requer uma conduta ou abstenção correlata ao direito, mas sim, a exigência de ter que suportar o exercício desse direito pelo seu titular sem reagir.¹⁶⁴

Há, assim, um estado de sujeição, tal como ensina Luciana Simões Rebello Horta:

Consiste em submissão pelo indivíduo (sujeito passivo) aos efeitos produzidos na sua esfera jurídica, em decorrência do exercício de poder conferido a outrem. Ou seja, numa relação de sujeição, o sujeito passivo da relação nada tem de fazer para cooperar na realização do interesse da outra parte, mas também, nada pode fazer para a impedir. A sujeição, vale ressaltar, não impõe uma conduta ou abstenção correlata ao direito, mas sim a exigência de ter que suportar o exercício desse direito pelo seu titular sem reagir, sem irresignar-se.¹⁶⁵

Balizado nessas premissas, tem-se que a posição dominante implica sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados ou dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, liberdade de agir sem considerar a existência ou comportamento de outros sujeitos.¹⁶⁶ Calixto Salomão Filho adverte que:

Além de vários serem os fatores que podem levar à dominação dos mercados, sua coordenação e sua conjugação são incertas. Evidentemente, não é possível formular uma regra geral que incorpore todos os elementos fundamentais. Só quando da aplicação dos critérios econômicos a cada caso concreto é possível atribuir o correto valor a cada um deles. O que se pode fazer é, no máximo, tentar estabelecer padrões gerais de avaliação.

¹⁶² HORTA, Luciana Simões Rebello. **Direito potestativo do mercado de capitais: uma percepção quântica do direito**, p. 156.

¹⁶³ HORTA, Luciana Simões Rebello. **Direito potestativo do mercado de capitais: uma percepção quântica do direito**, p. 162.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

¹⁶⁵ HORTA, Luciana Simões Rebello. **Direito potestativo do mercado de capitais: uma percepção quântica do direito**, p. 163.

¹⁶⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 262.

A participação no mercado, por si só, não é indício definitivo de dominação dos mercados. Sua avaliação depende fundamentalmente da estrutura específica de cada mercado.¹⁶⁷

A constatação da posição ou poder dominante exige análise caso a caso,¹⁶⁸ devendo levar em conta o elemento dinâmico. Esse elemento é a concorrência, que passa a ser reconhecida tão logo o foco é retirado dos sujeitos a serem protegidos e colocados na instituição *concorrência*.¹⁶⁹ Conclusivamente, a dominação do mercado ou a posição dominante, estará presente sempre que houver risco de limitar a concorrência como instituição e, portanto, não o concorrente.

Conforme ainda referenciado, desde a introdução, a análise ou estudo do poder dominante pode ocorrer através de três formas: (i) ação preventiva (ex.: análise de atos de concentração); (ii) ação repressiva (ex.: aumento de preços – condutas individuais); e (iii) advocacia da concorrência, ou seja, a promoção da cultura da concorrência pelos órgãos públicos perante a sociedade.

Como já mencionado o poder dominante, em si, não é um ilícito. A ilicitude está na não observação de limites, o que transforma em abuso, tal como ensina Paula Forgioni:

No caso do abuso do poder econômico, o direito que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. (ou seja, os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito na utilização dessas liberdades. Entretanto no momento em que ocorre o abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. O sujeito lança-se ao gozo 'anormal', 'reprovável', 'illegítimo', 'imoral' desses seus direitos, ou seja, 'excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes'.¹⁷⁰

A doutrina ressoa firme no sentido de que este abuso é verdadeiro abuso do exercício do direito. As teorias do abuso do direito, antes de encontrar conformação em lei específica, resultam de construção doutrinária que estabeleceu

¹⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 423.

¹⁶⁸ PLAWIAK, Rainier Belotto. **O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos**. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp 63-90, p. 75.

¹⁶⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 425.

¹⁷⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 267.

os contornos indispensáveis à compreensão do seu conteúdo substantivo,¹⁷¹ embora nos casos tanto brasileiro, como europeu, atualmente haja previsão legal específica.

Esta teoria se propõe, desde seu nascimento, à reincorporação da justiça ao ordenamento jurídico, pois este se achava perturbado pelo exercício dos direitos subjetivos que lesionavam a vida social, desde o momento que, de sua atuação, resultava um dano para terceiro passível de ser reparado¹⁷².

Luis Alberto Warat, um dos pioneiros neste estudo, definiu que: “*e acto lícito a nível jurídico, pero que el juez considera que debe ser alterado en su ejercicio en virtud de una prohibición emergente de las reglas de acción con plena vigencia social*”.¹⁷³¹⁷⁴ Carlos Valder do Nascimento, na atualidade, define que:

O abuso do direito consiste, antes de tudo, em ultrapassar os limites assinalados ao exercício de um direito. Se há violação de regras legais, o fato não apresenta dificuldade alguma de apreciação. Mas, muitas vezes, os limites de um direito são fixados somente pelo uso: comete abuso de direito aquele que exerce um direito de maneira anormal em comparação com o modo de exercício habitual do direito.¹⁷⁵

Contudo, a aferição do abuso exige algumas cautelas, as quais guardam consonância com o postulado da proibição de excesso, que veda a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.¹⁷⁶ Humberto Ávila, ao tratar do tema, leciona que:

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido. A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de

¹⁷¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Abuso do exercício do direito: responsabilidade pessoal**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72.

¹⁷² CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito**. 6 Ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 21.

¹⁷³ WARAT, Luís Alberto. **Abuso delderecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 69.

¹⁷⁴ Tradução livre: o abuso do direito é o ato lícito em nível jurídico, mas que o juiz considera que deva ser alterado em seu exercício, em virtude de uma proibição das regras de ação com plena vigência social.

¹⁷⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Abuso do exercício do direito: responsabilidade pessoal**, 2 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72.

¹⁷⁶ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 Ed. – São Paulo: Malheiros, 2015, p. 188.

uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).¹⁷⁷

Por essas particularidades do contexto que envolve o poder dominante, é necessário que se tome em conta a estrutura estabelecida mediante disposições legais, adequada interpretação e efetiva aplicação, estabelecendo, sobretudo, compatibilidade com as demais normas e valores.

1.7 Necessidade de superar a autonomia do Direito estabelecendo um pensar conjunto com o direito e economia, sustentabilidade e desenvolvimento econômico

Os operadores jurídicos pouco buscaram uma conexão entre os próprios ramos de direito, acreditando que os conflitos podem ser solucionados tão somente com base no ramo específico do direito, como se fossem ilhas, ou seja, com absoluta independência das valorações dos demais ramos.¹⁷⁸

Esta desconexão contradita a unicidade do direito e a sua interpretação e, conseqüentemente, a sua aplicação. Luiz Fernando Coelho expõe que:

E, por derradeiro, interpretar a constituição nos evoca o fio de Ariadne. Como compreender o papel da constituição no labirinto das relações sociais impregnadas dos fatores hoje reunidos sob a palavra 'globalização', e quais soluções metodológicas poderiam nos orientar em outro labirinto, o formado pela complexa rede de valores, princípios e normas que, muitas vezes incompatíveis entre si, devem orientar as decisões políticas e judiciais envolvendo o entendimento das normas constitucionais? Por outro lado, se o objetivo do direito é produzir a paz social, com ordem e progresso, será o fio de Ariadne capaz de desvendar os caminhos da libertação através do labirinto da sociedade, tornando ainda mais intrincado pela profusão das teorias sociológicas, políticas e jurídicas que a pretendem explicar? ¹⁷⁹

Em olhar crítico Norberto Bobbio, estabelece que:

No seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que

¹⁷⁷ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 188.

¹⁷⁸ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. **Aspectos destacados da regulação dos contratos entre distribuidoras e postos revendedores sob a ótica da defesa da concorrência**.

¹⁷⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 20.

funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber 'como o direito é feito' do que 'para que o direito serve'. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que uma análise funcional.¹⁸⁰

Essa crítica impõe, contudo, ser ampliada: se é necessária a integração entre as diversas áreas do direito, maior ainda é entre as outras ciências, isto porque, há saberes não jurídicos, que influem na formação de decisões jurídicas,¹⁸¹ que chamam a atenção quando se quer discutir os limites de uma teoria da argumentação e da operacionalidade do direito.¹⁸²

É que o direito, como guardião do bem da vida, se faz somado de muitas das ciências sociais e, portanto, assume verdadeiro caráter sistêmico de tudo o que permeia a vida humana. Entender o direito implica entender o movimento próprio das 'peças' que é programado para reger. É preciso, ainda, conhecer o ser humano e compreender suas interações com os demais.¹⁸³

A ciência social que aqui se demonstra – economia – não é apenas por escolha do autor, tampouco aleatória, mas sim, porque se converteu em grande medida no tema central das decisões.¹⁸⁴ Ademais, absolutamente nada no mundo moderno não apresenta valor econômico, sendo possível afirmar-se, inclusive, que os direitos custam.¹⁸⁵

Impõe referenciar que o repúdio quanto à influência e à própria economia não é novo. Na Grécia antiga, repudiava-se especialmente a acumulação de capital. A ideia central, neste período, era de que a felicidade deveria ser buscada por

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007, p. 53.

¹⁸¹ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos; SILVA, Anuska Felski da. **A ponderação e análise econômica do direito como mecanismo para reduzir a desigualdade econômica e social**. IX Congresso Iberoamericano sobre cooperação judicial, Valparaíso, Chile, novembro 2015, no prelo.

¹⁸² ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: QuartierLatin, 2014, p. 17.

¹⁸³ MACKAAY, Ejan. **Análise Econômica do direito**, p. 5.

¹⁸⁴ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos; SILVA, Anuska Felski da. **A ponderação e análise econômica do direito como mecanismo para reduzir a desigualdade econômica e social**.

¹⁸⁵ Neste sentido ver: HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

intermédio de melhor viver, por isso, a economia não passava de um adendo da filosofia e da política.¹⁸⁶

Houve, no desenvolver dos tempos, uma mudança do capitalismo atomista para o capitalismo de grupo, decorrente da formação dos grupos, ou classes (empresários e trabalhadores) que se denominou de concentração capitalista e teve grande influência no direito.

Essa profunda alteração no contexto social, na tipologia das relações sociais, comprometidas com o fato econômico, leva a uma nova juridicização, a uma nova manifestação reguladora do direito. A constatação de Gregorio Martinez Peces-Barba é peculiar:

La influencia de la organización económica y social sobre la aparición de los derechos fundamentales es esencial.

No es una casualidad que los derechos fundamentales modernos apareciesen inicialmente en aquellos países en los cuales el capitalismo y la revolución industrial - aunque todavía muy incipientes - estaban más avanzados y, por consiguiente, en que la toma de conciencia de la burguesía, sobre su poder, era también más clara.

(...)

Es cierto, por fin, que los propios conceptos capitalismo y burguesía, que son creación relativamente moderna, están cargados de pasión y muy politizados, tanto desde los sectores contrarrevolucionarios, partidarios el Antiguo Régimen, como desde los sectores socialistas, ya en el socialismo utópico.¹⁸⁷¹⁸⁸

Porém, foram estabelecidos direitos, garantias, traçados objetivos, no que se pode chamar plano jurídico. De outro lado, houve enorme avanço no desenvolvimento econômico, contudo, cabe destacar a inquietação de Piketty:

De que serve o desenvolvimento industrial, de que servem todas essas inovações tecnológicas, todo esse esforço, todos esses deslocamentos populacionais, se, ao cabo de meio século de crescimento da indústria, a situação das massas continua tão miserável quanto antes e se tudo que o

¹⁸⁶ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos; SILVA, Anuska Felski da. **A ponderação e análise econômica do direito como mecanismo para reduzir a desigualdade econômica e social.**

¹⁸⁷ PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Historia de los derechos fundamentales.** Madrid: IDHBC, 2003, p. 24.

¹⁸⁸ Tradução livre: A influência da organização econômica e social sobre o surgimento dos direitos fundamentais é essencial. Não é uma causalidade que os direitos fundamentais modernos aparecem inicialmente naqueles países em que o capitalismo e a revolução industrial – ainda que muito incipientes – estavam mais avançados e, por consequente, revelavam uma maior consciência da burguesia sobre seu poder.

...

É certo, por fim, que os próprios conceitos de capitalismo e burguesia, que são criação relativamente moderna, estão carregados de paixão e muito politizados, tanto das correntes contrarrevolucionárias, partidários ao antigo regime, como das correntes socialistas, em um socialismo utópico.

Estado pode fazer é proibir que crianças menores de oito anos trabalhem nas fábricas?¹⁸⁹

Nos dias atuais, a pergunta continua sendo a mesma na essência: o máximo que conseguimos fazer é traçar promessas constitucionais? Está é a inquietação, o questionamento ao qual o Poder Judiciário vem sendo impelido a responder, como e de que forma as contradições a desigualdade do mundo se reproduzem no direito?¹⁹⁰

Neste trilhar, Alexandre Morais da Rosa aduz que é necessário superar o direito do conforto:

A sedução pela simplicidade faz com que muitos se abracem nos resumos que prometem o Direito fácil, esquematizado, simplificado, e tenho lá minhas desconfianças de que seja assim mesmo, até porque se fosse tão simples, esquematizado ou fácil, não precisaríamos de tantas publicações. O caminho é mais contingente, longo e complexo.

(...)

Reconheço a complexidade que envolve o direito em face do necessário diálogo com outras áreas e, também, que boa parte dos juristas de ofício são e serão incapazes de compreender a dimensão filosófica, linguística, sociológica, etc., do que fazem. Aí o sujeito encontra o paradoxo: se fala com base nos fundamentos da teoria que sustenta não será entendido, enquanto se facilita os fundamentos, muitas vezes, ganha o epíteto de impostor. O problema é que o discurso teórico sério não consegue entrar de maneira justa no círculo hermenêutico (simplificado, pelos ouvidos) da imensa maioria dos juristas.¹⁹¹

A crítica de Alexandre Morais da Rosa não é isolada, e foi antecédida por Thomas Ulen:

for a very long time the focus of legal scholarship has been turned toward the practice of law. That is, legal scholarship in almost every country, and particularly in the United States, has been a special ancillary of the practicing bar.

Some of the most valuable work of the so-called doctrinal scholars was directed at finding unifying patterns in the welter of a jurisdiction's pronouncements on a particular legal topic.¹⁹²¹⁹³

¹⁸⁹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baugarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 16.

¹⁹⁰ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos; SILVA, Anuska Felski da. **A ponderação e análise econômica do direito como mecanismo para reduzir a desigualdade econômica e social**.

¹⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. Ed, Rio de Janeiro: Lumen, 2014, p. 10.

¹⁹² ULEN, Thomas S. **A nobel prize in legal Science: theory, empirical work, and the scientific method in the study of law**. Champaign, College of Law, 2002, p. 24. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419823>. Acesso em 06 out. 2015.

¹⁹³ Tradução livre: Por muito tempo, o enfoque da sabedoria jurídica orientou-se para a prática do direito. Ou seja, o saber jurídico em quase todos os países, e particularmente nos Estados Unidos da América, tem estado subordinado à prática da advocacia. Alguns dos trabalhos valiosos dos

A crítica, especialmente de Ulen, merece uma certa separação. É que a unificação dos pronunciamentos judiciais, enquanto jurisprudência, representa estabilidade e, por consequência, segurança jurídica, portanto não deve ser entendida de maneira pessimista ou negativa do valor da jurisprudência.

Ocorre que ao operador jurídico é exigível que se compreenda o mundo não apenas com percepções imediatas, mas sim com racionalidade. Temos de 'ler' o que sentimos e aparentemente vemos, e perguntar: o que essas percepções indicam? Como podemos levá-las em conta, sem sermos sobrecarregados por elas?¹⁹⁴ E com isso apresentar argumentos plausíveis, racionais que impliquem na mudança da jurisprudência, com o propósito de ampliar justiça e o judiciário.

É relevante compreender que o que move os agentes não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa, mas a de que em nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que se quer eliminar.¹⁹⁵ Decorrente disso, se mantido o pensar confinando no mundo jurídico, serão perdas possíveis pistas-chave para a argumentação racional.

Acerca desse problema, não se pode perder de vista o alerta de Andrés Gonzáles e Rocío Orsi:

Y sí, no se puede negar que en las últimas décadas el mundo ha cambiado como nunca; es decir, como siempre, o al menos como siempre en los tres últimos siglos, y como con seguridad seguirá ocurriendo mientras el mundo siga siendo mundo y los individuos quieran y puedan mejorarlo. El mundo, nuestro mundo, cambia al raudito paso que marca esse rodillo que es el tren de la historia.

Cambia, y hemos insinuado que mejora. Que el mundo progresa, o que en el mundo hay cierto progreso. O que al menos cambia bajo el impulso que los individuos imprimen a su deseo de mejorarlo. Es habitual, además, suponer que ese progreso se ha dado sobre todo en países occidentales gobernados por diferentes formas de capitalismo.¹⁹⁶¹⁹⁷

chamados doutrinadores foram direcionados à criação de padrões unificadores dentro das agitações dos pronunciamentos jurisdicionais sobre um determinado tópico legal.

¹⁹⁴ SEM, Amartya. **A ideia de justiça**, Trad. Denise Bottmann, Ricardo Donienelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 10.

¹⁹⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**, p. 9.

¹⁹⁶ GONZALES, Andrés; ORSI, Rocío. **La economía a la intemperie, quebra política em el mundo contemporâneo**, p. 23.

¹⁹⁷ Tradução livre: E se, não se pode negar que nas últimas décadas o mundo mudou como nunca, é dizer como sempre, ou ao menos como sempre nos últimos três séculos, e com segurança seguirá ocorrendo enquanto o mundo siga sendo mundo e os homens queiram e possam ir melhorando. O mundo, nosso mundo, muda rápido como a roda do trem da história.

Eduardo Héctor Mendez, no prólogo da obra *Helenia & Devília*, bem esclarece:

O homem está forçado a interferir e ser interferido. O indivíduo arremessado ao mundo é forçado a integrar sua existência com a existência alheia, encontra o compartilhar como uma necessidade de suas várias circunstâncias. O âmbito comunitário está povoado de outros indivíduos que podem impedir ou não a sua conduta. Esta interferência constitui uma inalienável circunstância ôntica da vida.¹⁹⁸

É justamente, neste sentido, que o direito, enquanto pensar, criar e agir, não pode ser absoluto e, portanto, precisa sofrer interferências das demais ciências, especialmente da economia.

Não obstante, a relação entre direito e economia, inclusive com outros ramos do conhecimento, é relevante a lição de Osvaldo Agripino de Castro Junior:

Esta concepção conduziu os comparativistas a se interessarem pelas causas metajurídicas, políticas e sociais, históricas e econômicas, ideológicas e morais que determinam o nascimento e influenciam o desenvolvimento do direito, a fim de conhecer as razões das semelhanças e diferenças que são constatadas. Por isso, a multiplicidade das causas suscetíveis de explicar as relações se opõem a toda explicação monocausal.¹⁹⁹

Há uma relação ainda que tem intrínseca ligação com o direito e economia, que é o meio ambiente e o desenvolvimento econômico. Essa relação ainda se encontra em curso e traz frequentes tensões sociais na maioria dos países, ora marcados por discursos protecionistas, liberalistas e que proporcionam um terreno fértil para o retorno a práticas da barbárie mercantilista, ou do entrave ao crescimento econômico, marcado por ativismo, desinformação e pequeno grau de pesquisas científicas, resultando na miserabilidade humana.

Todos sabemos que são necessários recursos financeiros para que o homem subsista na atual sociedade, e esses recursos originam-se na atividade econômica, no mercado, conforme desta Gabriel Real Ferrer:

Muda, e temos insinuado que melhora. Que o mundo progride especialmente pelo desejo dos homens de melhorá-lo. É habitual ademais, constatar que o progresso se há dado, sobretudo, em países ocidentais governados por diferentes formas de capitalismo.

¹⁹⁸ COELHO, Luiz Fernando. **Helênia&Devília: civilização e barbárie na saga dos direitos humanos**. Curitiba: Bonijuris, 2014, p. 27.

¹⁹⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. p. 62.

De un modo prácticamente general, tanto la opinión de los expertos, como las manifestaciones de la mayor parte de la clase política, como la instintiva percepción del hombre de la calle, se orientan em el sentido de considerar uma necesidad vital para el desentumecimiento de sus sociedades y el desarrollo de sus economías el sumarse a iniciativas de integración econômica que abran sus mercados.²⁰⁰²⁰¹

Embora a secular Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tenha estabelecido que: “*As distinções sociais só podem se fundamentar na utilidade comum*” a distribuição da renda e da riqueza é uma das questões mais vivas e polêmicas da atualidade.

Observa-se que ocorreram mudanças agradáveis no ritmo de vida humana, mas também viu-se [e continua-se vendo] grande capacidade de destruição, tanto pelas guerras [conflito armado] quanto pelas diferenças sistemáticas entre os homens, a imediatez da miséria pessoal e socialmente vivida.

Segundo Ulrich Beck:

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição dos riscos científico-tecnologicamente produzidos.²⁰²

É certo que não há motivo algum para acreditar que o crescimento tende a se equilibrar de forma automática. Demorou muito tempo para recolocar a questão da desigualdade no centro da análise econômica, e ainda mais, para resgatar os questionamentos do século XXI.²⁰³ Engatinha--se na compreensão dos impactos da desigualdade no mundo jurídico, lançando a sociedade de risco, veja-se que:

De certa maneira, a sociedade de risco é uma sociedade em que tudo poderia acontecer. As usinas atômicas, cuja complexa vida interior nós ignoramos, poderiam sofrer acidentes. Os mercados financeiros, quem nem os magos da Bolsa parecem compreender, poderiam ruir.²⁰⁴

²⁰⁰ FERRER, Gabriel Real. **Integración económica y medio ambiente em américa latina**. Madrid: McGraw-Hill, 2000, p. 6.

²⁰¹ Tradução livre: De um modo geral, tanto a opinião dos especialistas, como as manifestações da maior parte da classe política, como a instintiva percepção do homem comum, se orientam no sentido de considerar uma necessidade vital para o avivamento de suas sociedades e o desenvolvimento de suas economias que se somem a integração econômica abrindo seus mercados.

²⁰² BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

²⁰³ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baugarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 23.

²⁰⁴ BECK, Ulrich. **A Europa Alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**, p. 27.

Os paradigmas de desigualdade social estão sistematicamente relacionados a fases específicas do processo de modernização.²⁰⁵ A distribuição e os conflitos distributivos em torno da riqueza ocupam relevante posição em países e sociedades.²⁰⁶

A exposição de Piketty é pontual e preocupante, principalmente, quando segundo, as taxas de crescimento econômico gravitem em torno de 1% a 1,5% ao ano, e a remuneração do capital [acumulado = riqueza] é de 4% a 5%:

A principal força desestabilizadora está relacionada ao fato de que a taxa de rendimento privado do capital r pode ser forte e continuamente mais elevada do que a taxa de crescimento de renda e da produção g . A desigualdade $r > g$ faz com que os patrimônios originados no passado se recapitalizem mais rápido do que a progressão da produção e dos salários. Essa desigualdade exprime uma contradição lógica fundamental. O empresário tende inevitavelmente a se transformar em um rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho. Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho, mais rápido do que cresce a produção. O passado devora o futuro.²⁰⁷

A questão nodal é que a distribuição de riqueza é uma das mais vivas e polêmicas da atualidade, fonte de grandes e terríveis mazelas, aportando inclusive em maiores malefícios: a exclusão.²⁰⁸

Não se pode olvidar que Amartya Sen, Prêmio Nobel de economia em 1998, autor do livro *Desenvolvimento como Liberdade* (1999), sustenta que o desenvolvimento não se reduz ao mero crescimento econômico, abrangendo outros valores. Para ele, destaca-se a liberdade como componente necessário do desenvolvimento.²⁰⁹

O destaque neste pensamento é para as principais origens da privação de liberdade: pobreza e tirania, falta de oportunidades econômicas, destituição social

²⁰⁵RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil**. Rio de Janeiro: RFPTD, v.3, n.3, 2015.

²⁰⁶BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 24.

²⁰⁷PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 555.

²⁰⁸GONZALES, Andrés; ORSI, Rocío. **La economía a la intempérie, quebra política em el mundo contemporâneo**, p. 28.

²⁰⁹BOHER, Carolina Pancotto. **Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento**. In GABAN, Eduardo Molan (coord). **Estudos de direito econômico e economia da concorrência**. 2 reimpr – Curitiba: Juruá, 2012, p. 242, 243.

sistemática e negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.²¹⁰

Inegável que a coexistência digna e pacífica depende da erradicação de mazelas sociais, morais e humanas que conduzem a sociedade inexoravelmente a estados indesejáveis de violência e beligerância, cujas consequências perpassam as fronteiras das nações.²¹¹

As marcas da desigualdade elevam a importância do *status* social: Em vez de aceitar uns aos outros como iguais, com base na humanidade em comum, como fazer cenários mais igualitários, ter a medida de uns dos outros fica mais importante.²¹²

No plano mais fundamental, a desigualdade, desloca o peso da balança para competição por *status*, por um pensar próprio, por um consumo desagregador,²¹³ por isso, a desigualdade está relacionada a piores pontuações no Índice de Paz Global, que combina medidas de militarização com outras de conflito doméstico e internacional, além de segurança, direitos humanos e estabilidade.²¹⁴

Richard Wilkinson e Kate Pickett, trazem a reflexão:

No passado os argumentos sobre desigualdade se centravam nas privações sofridas pelos pobres e no que é justo, reduzir a desigualdade dependia de assustar ou persuadir os mais favorecidos a adotar uma atitude mais altruísta em relação aos pobres. Mas agora sabemos que a desigualdade afeta tanto resultados de um lado a outro da maior parte da sociedade, que tudo isso mudou. Todos nós compartilhamos um interesse no projeto de uma transformação da sociedade. Uma maior igualdade é a passagem para uma sociedade capaz de melhorar de vida para todos e um passo essencial no desenvolvimento de um sistema econômico sustentável.²¹⁵

Somam-se então as mazelas da miséria, da desigualdade econômica e social, com os clamores do crescimento econômico e da globalização, que querem

²¹⁰ BOHER. Carolina Pancotto. *Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento*, p. 243.

²¹¹ FIGUEIREDO. Leonardo Vizeu, *Lições de direito econômico*, p. 681.

²¹² WILKINSON, Richard G. *O nível: porque uma sociedade igualitária é melhor para todos*. Trad. Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 87.

²¹³ WILKINSON, Richard G. *O nível: porque uma sociedade igualitária é melhor para todos*, p. 283.

²¹⁴ WILKINSON, Richard G. *O nível: porque uma sociedade igualitária é melhor para todos*, p. 285.

²¹⁵ WILKINSON, Richard G. *O nível: porque uma sociedade igualitária é melhor para todos*, p. 287.

produzir a qualquer custo, verdadeiramente vilipendiam a natureza. Dani Rodrik, ao tratar da globalização e da democracia, registra:

Esses desenvolvimentos aparentemente díspares têm um elemento comum: a integração internacional dos mercados de bens, serviços e capital está pressionando as sociedades a alterarem suas práticas tradicionais e, em represália, amplos segmentos dessas sociedades estão se defendendo.

(...)

O processo que veio a ser chamado de 'globalização' está expondo uma profunda linha descontínua entre grupos que têm as habilidades e a mobilidade para florescer nos mercados globais e aqueles que não têm essas vantagens ou percebem a expansão dos mercados não regulados como hostis à estabilidade social e às normas profundamente enraizadas. O resultado é uma severa tensão entre o mercado e os grupos sociais, como trabalhadores, pensionistas e ambientalistas, com os governos emperrados no meio deles.²¹⁶

A proteção à natureza verdadeiramente não detém condições de ser absoluta e, por isso, mesmo apresenta-se na modernidade, um pensamento de múltiplas dimensões. Sendo possível entre elas estabelecer que o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o respeito ao meio ambiente, pode ser conceituado como sustentabilidade, ou desenvolvimento sustentável. Leonardo Boff argumenta que:

Pouco importa a concepção que tivermos de sustentabilidade, a ideia motora é esta: não é correto, não é justo nem ético que, ao buscarmos os meios para a nossa subsistência, dilapidemos a natureza, destruamos biomas, envenenemos os solos, contaminemos as águas, poluamos os ares e destruamos o sutil equilíbrio do Sistema Terra e do Sistema Vida. Não é tolerável eticamente que sociedades particulares vivam à custa de outras sociedades ou de outras regiões, nem que a sociedade humana na atual viva subtraindo das futuras gerações os meios necessários para poderem viver decentemente.²¹⁷

O conceito de desenvolvimento sustentável começou a ser desenvolvido como uma preocupação mundial em 1968 através do Clube de Roma, em 1972 a Convenção das Nações Unidas sobre o Ambiente Humana realizada em Estocolmo [Suécia], deixou clara essa preocupação. Os debates seguiram-se sendo que somente em 1992 na Conferencia das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [Rio-92]; é que se formou um conceito de desenvolvimento sustentável, através do documento chamada Declaração do Rio ou Carta da Terra.

²¹⁶ RODRIK, Dani. **A globalização foi longe demais?** Trad. Magda Lopes. –São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 3.

²¹⁷ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é.** Petrópolis: Vozes, 2012, p. 64.

Por isso, mais do que sofrer interferências ou ser interesse de um método de pesquisa, o fato é que a missão do direito nos dias de hoje, é ponderar e sopesar os interesses, o egoísmo, a solidariedade, os conflitos e propósitos, evidenciando os 'custos' e os 'ganhos', mas, sobretudo, cumprir as promessas ou objetivos de uma sociedade mais justa, melhor e mais desenvolvida, atento a suas diversas dimensões.

Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz destacam que:

Para isso, a Democracia Econômica deve servir, antes de tudo, para que a Sociedade evolua, para que a diversidade de opções políticas e não políticas (culturais, relacionais, territoriais, sindicais, étnicas, de idade, etc.) possa se movimentar o mais livremente possível, enriquecendo a complexidade da comunidade. Isto implica diversos mecanismos e instrumentos de validação, adaptados às peculiaridades de cada iniciativa, segundo o âmbito e o momento determinado.²¹⁸

Nessa forma, a defesa da concorrência e o objeto aqui pesquisado: abuso de posição dominante, são interdependentes, já que, em um mercado que se encontra debilitado pela própria presença dominante de determinado agente econômico, este se vale de forma estrutural e/ou conduta e emprega meios cujos efeitos é reduzir ainda mais a concorrência. Parte desses meios, pode, inclusive ser através do falseamento, entretanto, o falseamento está ligado a poder, como o poder econômico.

Por tais motivos, após essa apresentação da teoria geral do abuso de posição determinante, bem como da relevância do combate ao mesmo e para a efetividade da defesa da concorrência no direito brasileiro, é que se adentrará na pesquisa dos seus elementos determinantes no modelo da União Europeia.

²¹⁸ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. In: VALLE, Juliano Keller do. **Direitos fundamentais, economia e estado: reflexões em tempos de crise**. 2 Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 126.

CAPITULO 2

OS ELEMENTOS DETERMINANTES DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE NA UNIÃO EUROPEIA

2.1 Marco regulatório

O marco regulatório do Direito Concorrencial na União Europeia, deixa patente a instrumentalidade, de forma a não ser um fim em si, mas instrumento ou meio de atingir-se o fim maior perseguido pela própria União²¹⁹, conforme preceitua o artigo 3º do TFUE:

Artigo 3º (ex-artigo 2º TUE)

1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos.
2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.
3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança. A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros. A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu.
4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro.
5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas.
6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados.

²¹⁹FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 180.

É de competência exclusiva da União o estabelecimento de regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interior. Paula Forgioni explica que, em termos práticos, a concorrência instrumental significa que:

(i) a competição somente será protegida na medida em que propiciar a consecução dos objetivos da União Europeia e (ii) é possível o sacrifício da concorrência para atingir um fim maior.

(...)

Em linhas gerais, busca-se a concorrência qualitativa, integração do mercado, preservação de cultura e de um sistema de distribuição gerador de centros pulverizados de organização dos fatores de produção; proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado.²²⁰

No caso da União Europeia, a defesa da concorrência contempla dimensões:

La dimensión económica de la competencia: ... La libre competencia incentiva la innovación, al promover la lucha de las empresas por obtener en el mercado una cuota, mediante la atención a las nuevas necesidades detectadas o incluso la propuesta al consumidor de nuevos bienes y servicios.

La dimensión social de la competencia: ... la competencia no solamente contribuye a incrementar la eficiencia económica, sino que también permite alcanzar una solución social más deseable que la existente cuando no se dan condiciones de competencia.²²¹²²²

O correto funcionamento de uma economia de mercado exige que se cumpram certas condições, tanto do tipo cultural e moral, como de ordem política.²²³

Julio Pascual y Vicente defende, então, que há mais uma dimensão no Direito Concorrencial:

La dimensión moral se deduce de la superioridad ética del sistema de convivencia en el que la competencia brota, la sociedad libre de mercado, frente a otros órdenes de carácter totalitario en los que la competencia es orientada hacia objetivos menos nobles que el de servir a los demás, que es que la competencia del mercado encamina.²²⁴²²⁵

²²⁰FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 181.

²²¹ GUINDO, Cristina Alcaide. **La evolución de la política de defensa de la competencia**. ICE, Nov/2005, nº 826, p. 246.

²²² Tradução livre:

Dimensão econômica: ... a livre concorrência incentiva a inovação, ao promover a luta das empresas por obter no mercado uma quota, mediante a atenção a novas necessidades detectadas ou inclusive a proposta ao consumidor de novos bens e serviços.

Dimensão social: ... a concorrência não somente contribui para incrementar a eficiência econômica, senão também permite alcançar uma solução social mais desejável que a existente quando se dão condições de concorrência.

²²³ Nesse sentido: VICENTE, Julio Pascual y. **Mercado, Competencia y Unión Europea**. In: CALVO, Mercedes Pedraz; SOLIS, David Ordóñez. **El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2014, p. 35.

²²⁴VICENTE, Julio Pascual y. **Mercado, Competencia y Unión Europea**, p. 44.

Nesse sentido, o Direito Concorrencial europeu pode ser tido como a espinha dorsal de um sistema pluralista, que ultrapassa a economia, e tem como fundamento a luta por uma democracia pluralista, o fortalecimento do Estado de Direito Constitucional. Tais objetivos vêm sendo buscados historicamente pela União Europeia, sendo o corolário dos sistemas jurídico e político, antes que do econômico.²²⁶

Importa registrar que, esse pensamento, basilar, remonta à assinatura do Tratado de Roma:

Los autores del Tratado realizan una opción previa por este sistema de funcionamiento de mercado, acorde obviamente al denominador común existente entre los seis países firmantes del Tratado: la vía abierta a una economía de libre mercado, que se propugna como única teóricamente capaz de proporcionar los grandes objetivos planteados: el desarrollo armónico de las actividades económicas del Conjunto de la Comunidad, la expansión equilibrada, la crecida estabilidad, la mejora general del nivel de vida y las relaciones más estrechas entre los países miembros.²²⁷²²⁸

É possível dizer que a concorrência é defendida pelo poder público para que o mercado funcione adequadamente e promova a alocação de recursos de modo eficiente. Sobre o tema, cabe a lição de Eleanor Fox: *“The European Union values openness, access, rivalry, and the competitive structure of markets as mechanisms to produce economic welfare, competitiveness, innovation, and market integration”*.²²⁹²³⁰

²²⁵ Tradução livre: A dimensão moral se deduz da superioridade ética do sistema de convivência em que a concorrência nasce, a livre concorrência, frente a outras ordens de caráter totalitário em que a concorrência é orientada por objetivos menos nobres que o de servir aos demais, o que é objetivo da concorrência.

²²⁶ BALLBÉ MALLOL, Manuel. **La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista. Anuario de la Competencia 1997**. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 107 a 123.

²²⁷ COSTA, Blanca Vila. **El “abuso de posición dominante” em la C.E.E.** Madrid: instituto nacional de administração pública, 1979, p. 31.

²²⁸ Tradução livre: Os autores do Tratado realizaram uma opção previa por este sistema de funcionamento de mercado, acordo esse obtido como denominador comum existente entre os seis países que firmaram o Tratado: a via aberta de uma economia de livre mercado, que se propõe como teoricamente a única capaz de proporcionar os grandes objetivos: o desenvolvimento harmônico as atividades econômicas do Conjunto da Comunidade, a expansão equilibrada, o crescimento da estabilidade, a melhora geral do nível de vida e das relações mais estreitas entre os países membros.

²²⁹ Fox, Eleanor M., *The Efficiency Paradox* (July 8, 2009). *HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST*, R. Pitofsky, ed., Oxford, p. 77, 2008; NYU Law and Economics Research Paper No. 09-26. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1431558>>. Acesso em: 03/07/2016

O direito primário de defesa da concorrência Europeu, na sua primeira fase, estava previsto nos artigos 85 a 94 do Tratado de Roma. O Direito Comunitário secundário foi inaugurado através do Regulamento Comunitário n. 17/1962, que permitia a aplicação direta dos artigos 81.1, 86.2 e 88.3 do TCE, impondo sua eficácia direta frente aos Tribunais de Justiça dos distintos Estados Membros. Ainda exigia a notificação prévia de acordos para os quais era necessária aprovação.

Nesse cenário, cabe a lição de Diego Lerena e Alfredo Tamargo:

El Derecho Secundario Europeo de la competencia constituído fundamentalmente por sucessivos por medio de Reglamentos, dictados em desarrollo de los artículos 85 y 86, se há completado tradicionalmente com profusa y casuística doctrina jurisprudencial.

²³¹²³²

A base jurídica, com fundamento no marco legal, atual, da União Europeia, encontra-se estabelecido nos artigos 101 a 109 do TFUE, bem como no Protocolo nº 27 relativo ao mercado interno e à concorrência, que inclui a concorrência não falseada. É que, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a garantia que a concorrência não é falseada, deixou de ser expressa no artigo 3º do TFUE e, de acordo com o Protocolo nº 27, passou a ser abrangida pelo conceito de mercado interno.

Os artigos 101, 102 e 107 são especialmente interessantes para a presente pesquisa:

Artigo 101.o (ex-artigo 81.o TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros

²³⁰ Tradução livre: A União Europeia, enxerga a abertura, possibilidade de acesso, disputa e estrutura concorrencial do mercado como mecanismos aptos a produzir bem estar econômico, competitividade e integração dos mercados em seus territórios.

²³¹ LERENA, Diego Loma-Osorio; TAMARGO, Alfredo González-Panizo. **Marco normativo e institucional del derecho de la competencia**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 49.

²³² Tradução livre: O Direito Secundário Europeu de defesa da concorrência constituído fundamentalmente por sucessivas regulamentos ditados em desenvolvimento dos artigos 85 e 86, sendo completado tradicionalmente com profunda e casuística doutrina jurisprudencial.

comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102.o (ex-artigo 82.o TCE) É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Artigo 107.o (ex-artigo 87.o TCE) 1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções. 2. São compatíveis com o mercado interno: a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos; b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários; c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar uma decisão que revogue a presente alínea. 3. Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno: a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.o, tendo em conta a

sua situação estrutural, econômica e social; b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro; c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum; d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum; e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.

Destacam-se, ainda, os seguintes regulamentos/normativas no Direito Concorrencial europeu:

- (i) Diretiva 2014/104/EU, da Comissão, relativa à responsabilidade por danos derivados de infrações no Direito Concorrencial;
- (ii) Regulamento n. 267/2010, da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.3 do TFUE a determinadas categorias de acordos, decisões e práticas combinadas no setor de seguros;
- (iii) Regulamento n. 1.217/2010, da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.3 do TFUE a determinadas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento;
- (iv) Regulamento n. 1218/2010, da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.3 do TFUE, a determinadas categorias de acordo de especialização;
- (v) Regulamento n. 461/2010, da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas combinadas no setor de veículos automotores;
- (vi) Regulamento n. 330/2010, da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas combinadas e

(vii) Regulamento n. 772/2004, da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.3 do TFUE a determinadas categorias de acordos de transferência de tecnologia.

Essa referência legislativa é inerente tão somente à União Europeia, cada País-membro mantém, ainda, sua própria legislação, sendo possível encontrar legislação autônoma de cada Estado/Comunidade, o que acaba por gerar controvérsias quanto a possíveis protecionismos, o que a Comissão Europeia vem reprimindo e afastando.

A título ilustrativo e, mais, como forma de ampliar a compreensão da formação histórica, as normativas do velho continente no que se refere à positivação inerente a atividade comercial, faz-se referência ao Código de Comércio de 1807 na França, as aberturas proporcionadas pelo Rei Fernando VII em 1830, a que se reputa ter causado o rompimento com o sistema medieval de direito mercantil e os Códigos Comerciais espanhol (1885), italiano (1882) e alemão (1897).

Já em matéria de Direito Concorrencial e, ainda, em época que colaborou com o pensamento atual, em 1923, a Alemanha, de forma pioneira, estabeleceu legislação contra o abuso de posições de poder econômico. Em 1948, o Reino Unido estabeleceu lei a respeito de monopólio e práticas restritivas. França e Noruega, em 1953, Dinamarca em 1955 e a Bélgica em 1960, promulgam lei contra o abuso do poder econômico e a Espanha, em 1963, promulgou lei de repressão às práticas restritivas concorrenciais.

Aduz-se que a Espanha em 1348, no Ordenamento de Alcalá, detinha em conteúdo análogo ao atual Direito Concorrencial, regulação contra a repressão da usura, limites na fixação de preços e condições gerais de venda.

A atual Lei de Defesa da Concorrência da Espanha - Lei n. 15/2007, quer no plano organizativo ou normativo, foi fruto da assimilação das tendências do Direito Concorrencial da União Europeia. Referida norma teve aprimoramento através da Lei n. 02/2011, que estabelece a chamada economia sustentável, cuja definição legal merece apreço:

Artículo 2. Economía sostenible.

A los efectos de la presente Ley, se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades²³³

Consideram-se, do posto de vista institucional, como princípios inspiradores do modelo contido na Lei n. 15/2007:

- (i) Independência na tomada de decisões;
- (ii) Coerência de todo o sistema de defesa da concorrência, inclusive com a coordenação dos setores regulados;
- (iii) Resguarda a segurança jurídica com uma série de previsões, regulação detalhada do procedimento, tratamento sigiloso de dados confidenciais, recursos administrativos, prazos máximos para decisão, separação entre instrução e resolução, graduação de sanções e infrações;
- (iv) O comprometimento de transparência e responsabilidade (pela autoridade administrativa de defesa da concorrência) perante a sociedade, o congresso de deputados e governo.

2.2 Aspectos históricos da formação da União Europeia

Para bem compreender a União Europeia, ao menos no que se refere ao Direito Concorrencial, é preciso uma breve apresentação das razões que nortearam o pensamento do Direito Econômico e convergiram para a formação de bloco de países.

²³³ Tradução livre: Artigo 2 – Economia sustentável: Para os efeitos da presente Lei, entende-se por economia sustentável um padrão de crescimento que concilie o desenvolvimento econômico, social e ambiental em uma economia produtiva e competitiva, que favoreça o emprego de qualidade, a igualdade de oportunidades e a coesão social, que garanta o respeito ambiental e o uso racional dos recursos naturais, de forma que permita satisfazer as necessidades das gerações presentes sem comprometer as possibilidades das gerações futuras para atender suas próprias necessidades.

A Primeira Guerra Mundial teve o dom de consumir as nações à sua exaustão,²³⁴ a economia dos países foi fortemente afetada. Estima-se que os danos sofridos pelos aliados foram em torno de \$ 2.120.000,00 de libras esterlinas,²³⁵ a Alemanha foi condenada a indenizar integralmente os aliados.

Em 1919, com a assinatura do Tratado de Versailles,²³⁶ um marco para a descoberta de que a guerra não era mais passível de ser ganha nos campos de batalha, mas sim nas indústrias, nas usinas e na tecnologia desenvolvida.²³⁷

Apesar dessa constatação, e das mudanças que se vivenciava, infelizmente o mundo sofreu a Segunda Guerra Mundial. Economias de países foram novamente devastadas. Ainda, em curso de guerra, no ano de 1944 foi realizada por líderes de 44 países, a Conferência de *Bretton Woods*.

Nessa ocasião fora decidida a reconstrução do capitalismo com regras financeiras que almejavam evitar crises como as registradas após a Primeira Guerra Mundial, fundando-se o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD ou Banco Mundial).

Nesta esteira, foi colocado em prática o *Plano Marshall*, destinado a reconstrução de países da Europa entre os anos de 1948 e 1952, que importou no repasse de U\$\$ 12 bilhões (doze bilhões de dólares).

A partir de 1950, a *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* começa a unir econômica e politicamente os países europeus, tendo em vista assegurar uma paz duradora,²³⁸ formaram esse primeiro bloco Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Em 1957 o tratado de Roma institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE) ou Mercado Comum.

Aponta-se que os anos 60/70 foi um período de crescimento econômico:

²³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **O Indispensável Direito Econômico**. In: **Ensaio e Pareceres do Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 455.

²³⁵ KEYNES, John Maynard. **As consequências econômicas da paz**. Trad. Sérgio Bath – São Paulo: imprensa oficial do estado, 2002, p. 84.

²³⁶ Este tratado foi firmado na cidade de mesmo nome na França pelas potências europeias, colocando fim a I Guerra Mundial.

²³⁷ FINKESTEIN, Cláudio; FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **A internacionalização do direito econômico**. In: GABAN, Eduardo Molan. **Estudos de direito econômico e economia da concorrência**. 2 reimpr. – Curitiba: Juruá, 2002, p. 143.

²³⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Sobre a UE**. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 02 jul. 2016

A década de 60 é caracterizada pela emergência de uma “cultura jovem”, com grupos como The Beatles, que atraem multidões de jovens por onde quer que passem, contribuindo para lançar uma verdadeira revolução cultural e acentuando o fosso entre as gerações. Trata-se de um bom período para a economia, favorecida pelo fato de os países da União Europeia terem deixado de cobrar direitos aduaneiros sobre as trocas comerciais realizadas entre si. Além disso, decidem também implantar um controle conjunto da produção alimentar, de forma a assegurar alimentos suficientes para todos. Muito rapidamente, começaram a registrar-se excedentes de determinados produtos agrícolas. O mês de Maio de 68 tornou-se famoso pelas manifestações de estudantes em Paris, tendo muitas mudanças na sociedade e a nível dos comportamentos ficado para sempre associadas à denominada “geração de 68”.²³⁹

Em 1973 somaram-se Dinamarca, Irlanda e Reino Unido, que optou por sair do bloco em 2016. Em 1981 a Grécia; em 1986, a Espanha e Portugal. Em 1993, é concluído o Mercado Único com as quatro liberdades: livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais. Em 1995, ingressaram Suécia, Áustria e Finlândia.

O Tratado de Amesterdã de 1999 marcou as preocupações com a proteção ao meio ambiente, e com a forma dos europeus colaborarem entre si em matéria de defesa e segurança, tornando possível, inclusive, a cooperação entre polícia e justiça em matérias criminais.

Em 2004 ingressaram Chipre, República Tcheca, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia e Eslovênia. Em 2007, Romênia e Bulgária. Em 2013, houve a última adesão, com a Croácia, formando, assim, uma associação política, comercial e econômica que criou na atualidade, o melhor, exemplo de bloco econômico existente. Fernando Herren Aguillar aponta que:

É uma realização única na história da humanidade. Situa-se entre uma confederação e um Estado Federal, sem que a doutrina se consolide em uma definição espedífica. Seu direito prima sobre o direito nacional, como afirmado pela Corte de Justiça da então Comunidade Europeia (CJCE, Costa vs. ENEL, 1964), dispõe hoje de um presidente, há uma cidadania europeia. É seguramente mais que uma Confederação, mas não chega a ser um Estado Federal, pois seus Estados-membros dispõem de sua soberania e podem deixar o bloco a qualquer momento (art. 50, TUE, sob as regras do art. 218, 3, TFUE). Mas não se pode deixar enganar por esses elementos de base e supor que os países-membros perderam sua identidade nacional ou autonomia para regular sua vida política e econômica. A chave para compreender o que significa a União Europeia é a questão das competências.

²³⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Sobre a UE**. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

Cada país preserva competência legislativa e administrativa para organizar a economia, a política, a educação, a cultura, a saúde de seu povo. Entretanto, na medida em que tais assuntos interfiram com interesses comuns da União, estão sujeitos a regulações de ordem supranacional. Pode haver, por exemplo, uma política interna de um Estado-membro sobre a concorrência empresarial e uma política da União Europeia sobre o mesmo tema. A regulação interna se ocupará de definir as condições em que a competição empresarial deverá se dar no âmbito nacional. A União Europeia fixará as regras de competição que afetem o âmbito do comércio entre os países comunitários.²⁴⁰

Em 2009 o Tratado de Lisboa²⁴¹ passou a conter a aprovação²⁴² dos 27 países, que começou a vigorar para todos os seus signatários. Em 2016 houve plebiscito realizado no Reino Unido, que deliberou pela exclusão desse País na União Europeia, o que denominou-se de *Brexit*, contudo até o momento da conclusão dessa dissertação de mestrado não houve a efetiva saída do Reino Unido da União Europeia.

É importante registrar que a condição para entrada em vigor era a adesão unânime dos Estados-membros, nesse momento deixa-se a nomenclatura de Comunidade Europeia, para União Europeia, a qual detém personalidade jurídica conforme o artigo 47 da TUE. Ela tem um Presidente eleito para um mandato de dois anos, cuja primordial função é facilitar o consenso político do que efetivamente tomar decisões.

São órgãos da União Europeia:

(i) Parlamento Europeu – formado por 751 membros, sendo 750 deputados e 1 presidente, tem a missão tripla de legislar, aprovar orçamento da União e controlar o Poder executivo, o critério de membros é estabelecido em razão de parâmetros demográficos de cada País.

²⁴⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**. 4 Ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 83, p. 485

²⁴¹ A doutrina divide-se na definição jurídica do Tratado de Lisboa, parte aduzindo ser um Tratado ou até uma série de emendas aos tratados europeus vigentes, e outra parte da doutrina em lhe atribuir a condição de Constituição. Como o tema não é objeto da presente pesquisa, e ainda por tal definição não implicar em mudanças no direito concorrencial não será aqui discutida.

²⁴² O Tratado de Lisboa foi assinado em Lisboa/PT em 13 de dezembro de 2007, sendo aprovado por deliberação parlamentar em 26 países, e rejeitado pela Irlanda em referendo popular [em 12 de junho de 2008], que em submissão a referendo popular restou aprovado em 2 de outubro de 2009.

(ii) Conselho Europeu – responsável por definir as orientações políticas gerais da União Europeia, é formado pela reunião de chefes de Estado ou de Governo, seu presidente do próprio conselho e o presidente da Comissão Europeia.

(iii) Conselho – é a reunião de representantes de nível ministerial de cada País.

(iv) Comissão Europeia – é o coração e a força executiva da União Europeia, encarregada de promover o interesse geral da União, zelar pela aplicação dos Tratados e do Direito da União, sob o controle do Tribunal de Justiça da União Europeia.²⁴³

(v) Corte de Justiça da União Europeia – tem duas funções principais: aplicar e interpretar a lei de modo a que os tribunais dos Países-membros tenham certa homogeneidade. Formado por duas instâncias: Tribunal de Justiça (primeira instância) e Corte de Justiça (segunda instância), é composto por um juiz de cada País, em cada instância, esses juízes tem mandado de seis anos que pode ser renovado.

É um órgão de extrema importância na estrutura da União Europeia, porque representa a garantia de que a legislação europeia será respeitada. Normalmente seu papel avulta quando interesses nacionais tendem a burlar as regras das quatro liberdades.²⁴⁴²⁴⁵

(vi) Banco Central Europeu e Sistema Europeu de Bancos Centrais – o BCE é o único que pode autorizar a emissão de moeda em euro.²⁴⁶

O SEBC é composto pelo BCE e pelos bancos centrais nacionais, tem como objetivo primário manter a estabilidade de preços, definir e implementar a política monetária, manter e gerir reservas de moeda estrangeira.

²⁴³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**, p. 491.

²⁴⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**, p. 492.

²⁴⁵ As quatro liberdades fundamentais são: de livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capitais.

²⁴⁶ 17 Países utilizam o Euro como moeda.

Gozam ainda de importante autonomia e independência em relação aos órgãos e instituições da UE, e inclusive dos Estados-membros, sendo-lhes vedado deles receber instruções, determinações ou influência.

Ulrich Beck descreve que:

Cinquenta e cinco anos depois da assinatura do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, sua sucessora – a União Europeia – tenta provar desesperadamente para si própria e para o mundo que é capaz de passar pelo teste mais sério da sua história. Mesmo considerando que muitos dos problemas não foram causados por ela, mas são o resultado da crise financeira iniciada em 2008.

...

A fantasia de um “nacionalismo recíproco”, segundo a qual todo governo tem o dever de resolver os seus próprios problemas financeiros e evitar consequências negativas para outros, pode funcionar muito bem em tempos de bonança, mas está fadada a fracassar em tempos de crise. Além disso, os eventos de meados de 2012 mostram com toda a clareza como tudo está interligado: quando um país vai à falência, arrasta os demais com ele.

Nesse alvoroço, muitas vezes esquecemos que, apesar das imperfeições, a UE conseguiu o milagre de transformar arqui-inimigos em vizinhos. Seus cidadãos têm liberdades políticas e um padrão de vida com que populações de outras partes do mundo nem sonham. Antigas ditaduras, como Grécia, Portugal e Espanha, transformaram-se em democracias estáveis depois da adesão à UE.²⁴⁷

Vê-se claramente que a reunião e formação da União Europeia, apresenta elevadas conquistas de forma geral, resultando em maior dignidade humana, conquistas que como nomina Beck talvez somente sejam percebidas pelas pessoas no momento em que deixassem de existir.²⁴⁸

Tais conquistas têm intrínseca relação com o mercado que, como já argumentado, é uma instituição jurídica. Por essa razão, uma das “chaves” é que a UE tem grande preocupação como a política de concorrência.

2.3 Sistema de defesa da concorrência e autoridade administrativa

²⁴⁷ BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**. Trad. Kristina Mischahelles – São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 30.

²⁴⁸ Ulrich Beck, traz como exemplo: “Imaginemos que os controles de passaportes nas fronteiras e nos aeroportos fossem reintroduzidos; que não existissem mais as confiáveis normas de qualidade para os alimentos; que não houvesse mais liberdade de opinião e impensa (que a Hungria não respeita, razão pela qual o país está sujeito a duras críticas), ou que não fosse mais possível para um estudante, sem grandes barreiras burocráticas, conseguir um emprego em Barcelona ou Avignon; ou ainda que precisássemos trocar dinheiro ao chegar a Paris, Madri ou Roma, prestando atenção na taxa de câmbio. A “pátria Europa” tornou-se uma segunda pele para nós, e precisamente isso pode ser um motivo para perde-la levemente.”

BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**, p. 32.

O Parlamento Europeu, que é a única instituição eleita por sufrágio direto pelos cidadãos europeus, em conjunto com o Conselho Europeu, partilham o processo legislativo.

Duas comissões do Parlamento Europeu tratam de questões inerentes à concorrência: (i) Comissão Económica do Parlamento Europeu (comissão de assuntos económicos e monetários) – responsável pela política económica e monetária da UE, e por legislar sobre concorrência e auxílios estatais e (ii) a Comissão IMCO do Parlamento Europeu (comissão do mercado interno e da proteção dos consumidores) – responsável pela identificação e eliminação de eventuais obstáculos ao funcionamento do mercado único da UE e pela promoção e proteção dos interesses dos consumidores.

A Comissão Europeia é a autoridade administrativa encarregada de zelar pela manutenção da concorrência efetiva nos mercados de âmbito comunitário ou que afetam uma pluralidade de Estados da União Europeia,²⁴⁹ bem como de regulamentar o que o Conselho legislou, conforme preceitua o artigo 105 do TFUE.

A partir de 2004 afastou-se o poder centralizado que era realizado pela Direção Geral da Concorrência da Comissão Europeia, passando, então, os Estados-Membros, a exercerem uma série de funções de aplicação da legislação no âmbito do que se denominou de processo de modernização, permitindo-se então às autoridades nacionais e respectivos tribunais aplicarem e fazer cumprir os artigos 101 e 102 do TFUE. David J. Gerber, registra que:

In European competition law, the term "modernization" has been a catchword and focus of attention since the late 1990s. Usually, the reference is to "procedural" or "institutional" modernization. The European Commission ("Commission") used the term "modernization" when referring to the important set of changes in the institutional structure and procedures of competition law that it introduced in 2004, and it called the new regulation and its accompanying materials its "modernization package." This procedural modernization has fundamentally changed the procedures for developing and applying competition law in Europe.²⁵⁰²⁵¹

²⁴⁹ Nesse sentido: VICENTE, Julio Pascual y. **Mercado, competencia y unión europea**. In: CALVO, Mercedes Pedraz; SOLIS, David Ordóñez. **El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España**. Madrid: La Ley, 2014, p. 55.

²⁵⁰ GERBER, David J.. **Two forms of modernization in european competition law**. Fordham International Law Journal, Vol 31, Issue 5, Article 8, 2007, p. 1235.

Referido pacote de modernização, consoante o *XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência*²⁵², aduziu que a UE está em constante evolução, embora isso muitas vezes não seja percebido, o que revela uma abordagem pró-ativa. Simultaneamente, as regras de concorrência deixam de serem aplicadas, exclusivamente, de forma centralizada, passando a existir uma responsabilidade partilhada entre as autoridades europeias que passaram a colaborar no âmbito de uma rede específica, a REC – Rede Europeia da Concorrência.

No caso da Espanha, o atual²⁵³ órgão é a *Comissão Nacional de Mercados e Concorrência - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – CNMC* – conforme a Lei n. 3/2013, referida comissão reuniu as competências da extinta CNC e das extintas agências reguladoras dos setores de telecomunicações, audiovisual, energia, serviços postais, serviços ferroviários e serviços aeroportuários.

A CNMC confirma o modelo de intervenção indireta na atividade económica e, em particular, a atividade administrativa de regulação por uma administração independente.²⁵⁴

A CNMC goza de autonomia financeira e administrativa, com personalidade jurídica própria e plena capacidade pública e privada, composta de dois órgãos de comando, um presidente e um conselho de dez membros eleitos pelo Parlamento.

O mandato é de seis anos, não renovável e está sujeito a um rigoroso regime de incompatibilidades. O conselho está organizado em duas divisões: (i) de

²⁵¹ Tradução livre: No direito europeu da concorrência, o termo "modernização" tem sido um lema e foco de atenção desde o final dos anos 1990. Normalmente, a referência é a "processual" ou "institucional" modernização.

A Comissão ("Comissão") Europeia vem usando o termo "modernização" quando se refere ao conjunto de importantes mudanças na estrutura institucional e procedimental da lei de concorrência, que introduziu em 2004 o novo regulamento. Esta modernização processual fundamentalmente mudou as regras de desenvolvimento e aplicação do direito concorrencial na Europa.

²⁵² UNIÃO EUROPEIA. **XXXIII Relatório sobre a política de concorrência**. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

²⁵³ Até o ano de 2013, a autoridade era a CNC – Comisión Nacional de la Competencia – criado pela lei 16/1989.

²⁵⁴ Nesse sentido: PASCUAL, Juan José Montero. **La estructura administrativa para la aplicación del derecho de la competencia em españa: La CNMC**. In: CALVO, Mercedes Pedraz; SOLIS, David Ordóñez. **El derecho europeo de la competencia y su aplicación em españa**. Madrid: La Ley, 2014, p. 117.

concorrência e (ii) reguladoras de fiscalização, reúne-se em sessão plenária composta por oito diretores, vice-presidente e do presidente, que detem a representação da CNMC com direito a voto de qualidade.

2.4. Processo administrativo de defesa da concorrência

O TFUE prevê, de modo amplo, que os procedimentos em geral podem ser iniciados por provocação de qualquer Estado-Membro, de ofício, por qualquer interessado que se repute prejudicado ou afetado por alguma ação ou omissão, ou por clemência, quando, por exemplo, um participante de cartel efetua confissão ou delação.

Conforme previsto no artigo 105 do TFUE, é da competência da Comissão instruir os processos em que haja indícios de infração. Caso seja constatada esta infração, deverá a Comissão adotar os meios adequados para cessá-la. Em eventual persistência, compete à Comissão declarar em decisão fundamentada, que foi constatada a infração aos artigos 101 e/ou 102 do TFUE, e pode adotar o necessário ou autorizar os Estados-membros a tomarem as medidas necessárias para sanar a infração.

As questões procedimentais estão reguladas através do Regulamento n. 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, que substituiu o antigo Regulamento n. 17/1962, o que trouxe profunda reforma à matéria, sintetizadas em quatro pontos: (i) supressão do sistema de autorização prévia; (ii) instauração de um sistema descentralizado de aplicação do Direito Concorrencial; (iii) criação da rede europeia de concorrência e (iv) prevalência da Comissão Europeia frente às autoridades nacionais.²⁵⁵

A Comissão Europeia é a responsável por iniciar o inquérito ou procedimento de investigação, e detem poderes nominados de longo alcance, que permite solicitar informações, adentrar nas empresas, efetuar busca e apreensão de documentos e/ou objetos e, inclusive, interrogar seus representantes.

²⁵⁵ Nesse sentido: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo**. Madrid: Colex, 2009, p. 41.

A Rede Europeia da Concorrência é composta pelas autoridades nacionais da concorrência e pela Comissão. Pode-se colaborar com o processo investigativo fornecendo informações, inclusive, confidenciais para auxiliar na investigação ou na repressão das violações.

Com base nesses elementos iniciais, pode a Comissão arquivar o caso, decidir prosseguir através então de um procedimento aprofundado, impondo e comunicando formalmente as acusações que são impostas ao agente econômico.

O prazo para essa decisão era mencionado no Regulamento como “prazo razoável”, que a jurisprudência entendia como quatro meses, porém, somente conduz à nulidade do procedimento quando houver supressão de direitos por meio do prolongamento injustificável do procedimento. Sobre esse tema, cabe mencionar a sentença TJCE, de 21 de setembro de 2006, *Nederlandse Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied [FEG]/Comisión, C-167/04*²⁵⁶.

Atualmente o artigo 8º do CEE n. 139/2004 proporciona o entendimento de que os processos têm, na primeira fase, vinte e cinco dias úteis, e nos casos em que se exige uma análise mais aprofundada, portanto, uma segunda fase, pode atingir até noventa dias úteis.

É assegurado aos agentes econômicos o direito da ampla defesa, inclusive, por meio de audiências, com o destaque de que é assegurada também a participação por meio de audiências aos terceiros interessados e, principalmente, aos representantes constituídos dos trabalhadores das empresas envolvidas na concentração.

Ultrapassada tal fase, pode a Comissão decidir, então, por afastar a imputação de infração à concorrência, impor medidas cautelares, condenar o agente econômico impondo-lhe sanções, ou propor um compromisso que pode ser de cessação, de reparação (a Diretiva n. 104/2014/EU assegura às vítimas de violações à concorrência, o direito de serem indenizadas) ou ajuste de conduta.

²⁵⁶ Nesse sentido: CARLES, Barbara Aranda; HUERTA, Sonsoles Centeno; RUIZ, Frederico Pastor. **Procedimientos em matéria de defensa de la competencia**. In: LERENA, Diego Loma-Orsio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 305.

Qualquer uma das partes, ou qualquer outro interessado que a decisão tenha produzido efeitos, conforme previsto no art. 263 do TFUE, são legitimados a recorrer das decisões da Comissão junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

2.5. O conceito doutrinário e jurisprudencial de abuso da posição dominante

O *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões*, sobre a política de concorrência de 2015, editado em 15 de junho de 2016, na cidade sede da Comissão Europeia (Bruxelas), destaca, já na sua introdução:

Agora que sustentar a recuperação econômica e estimular o crescimento económico estão no topo das prioridades da UE, a política de concorrência é mais importante do que nunca.

(...)

A Comissão está igualmente empenhada em promover uma cultura da concorrência – tanto na UE como fora dela – através da promoção de um diálogo mais estreito com os Estados-Membros e com outras instituições da UE, bem como de uma ampla cooperação internacional.

Os princípios orientadores da aplicação das regras da concorrência consistem em salvaguardar a imparcialidade, impor ao Estado de direito e servir o interesse europeu comum. A política de concorrência da UE centra-se igualmente nos valores de equidade, independência política, transparência e cumprimento das regras processuais.²⁵⁷

A União Europeia tem concentrado atenção no enfoque estrutura e conduta, de forma distinta, expressa em previsões legais distintas. No caso, por evidência, o controle de estruturas visa, de certa forma, prevenir a conduta de abuso de posição dominante, isso porque se alia ao poder econômico como capacidade de exercer no momento que desejar o abuso de posição dominante.

Nesse sentido, o memorando de 01 de dezembro de 1965, não mais em vigor, da União Europeia:

O domínio de mercado não pode ser definido unicamente a partir da quota de mercado detida por uma empresa ou de outros elementos quantitativos de uma determinada estrutura de mercado. Trata-se, acima de tudo, de um poder econômico, quer dizer, da faculdade de exercer sobre o funcionamento do mercado uma influência notável e típica das empresas em posição dominante. Tal capacidade econômica de uma empresa dominante, seja ou não utilizada com um escopo determinado, influencia o comportamento e as decisões de outras empresas. Uma empresa que é capaz de, no momento em que deseja, suplantar as concorrentes, pode

²⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 de junho de 2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

dispor de posição dominante e determinar de forma decisiva o comportamento das outras empresas, mesmo que sua quota de mercado seja ainda relativamente pequena.²⁵⁸

A definição estabelecida naquela oportunidade, quanto ao abuso de posição dominante, conforme aponta Maritza Iliana Nuñez Osorio:

Existe explotación abusiva cuando el comportamiento de la empresa constituye objetivamente un comportamiento contrario a los objetivos fijados por el Tratado. Las prácticas abusivas de una empresa dominante pueden manifestarse frente a los competidores actuales o potenciales, y frente a los proveedores y consumidores. Como no existe una definición general de abuso, su existencia debe ser apreciada en cada caso en función de los objetivos de la norma en la que figure esta noción.²⁵⁹²⁶⁰

A concentração de empresas do ponto de vista normativo pode ser tida como tardia na União Europeia, pois, somente em 1989, com o Regulamento CEE n. 4064/1989, que se deu o início, de forma expressa e legislativa, à disciplina específica no assunto. Entretanto, esse fato não obstou que fossem analisadas concentrações como são os casos da *Europemballage Corporation* e *Continental Can Company Inc. vs. Comissão Europeia*, em 1973, e *British-American Tobacco Company Ltd* e *R.J. Reynolds Industries Inc. vs. Comissão Europeia* (Caso Philip Morris) em 1987.

No caso da *Europemballage Corporation* (conhecido como caso *Continental Can*), a Comissão Europeia concluiu que a aquisição de uma empresa rival por uma empresa que gozava de posição dominante no Mercado Comum, poderia oportunizar a exploração abusiva, ainda que fosse dúbia a utilização ou não do poder de mercado para tal.

A apreciação da operação, envolvendo a *British-American* (conhecido como caso *Philip Morris*), voltava-se a aquisição de uma participação minoritária no capital de uma empresa concorrente (*Rothmans Tobacco*), caminhando o TJCE no

²⁵⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 285.

²⁵⁹ OSORIO, Maritza Iliana Nuñez. **El abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del tratado CE: rebajas y precios predatorios**. Tese Doutoral - Madrid: Universidad Autonoma de Madrid, 2009, p. 211.

²⁶⁰ Tradução livre: Há abuso quando o comportamento da empresa constitui objetivamente conduta contrária aos objetivos fixados pelo Tratado. Práticas abusivas de uma empresa dominante podem manifestar-se contra os concorrentes reais ou potenciais, e com os fornecedores e consumidores. Como não existe uma definição geral de abuso, sua existência deve ser apreciada em cada caso de acordo com os objetivos da regra contida nessa noção.

sentido de que poderia haver restrição à concorrência, em razão de que a aquisição poderia influenciar ou intervir no comportamento das empresas.

A Comissão tem a prerrogativa legal de proibir ou, através de mecanismos de ajuste, minimizar as operações que criem ou fortaleçam um agente econômico com posição dominante, de forma a evitar conduta anticompetitiva, nos termos do EC n. 139/2004:

Artigo 2º - Avaliação das concentrações

1. As concentrações abrangidas pelo presente regulamento devem ser apreciadas de acordo com os objetivos do presente regulamento e com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum.

Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta:

a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efetiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de fato, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente numa concorrência efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente numa concorrência efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

4. Na medida em que a criação de uma empresa comum que constitua uma concentração na acepção do artigo 3º tenha por objeto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação deve ser apreciada segundo os critérios previstos nos números 1 e 3 do artigo 81º do Tratado, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum.

5. Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta designadamente:

- a presença significativa e simultânea de duas ou mais empresas fundadoras no mesmo mercado da empresa comum, num mercado situado a montante ou a jusante desse mercado ou num mercado vizinho estreitamente ligado a esse mercado,
- a possibilidade de as empresas em causa, em virtude da coordenação diretamente resultante da criação da empresa comum, eliminarem a

concorrência em relação a uma parte significativa dos produtos ou serviços em causa.²⁶¹

A análise da concentração, em razão do compartilhamento de competências, se dá pela Comissão e, portanto, em nível de União Europeia, quando preenchidos os requisitos do artigo 1.2 da CE n. 139/2004:

Uma concentração tem dimensão comunitária quando:

a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5000 milhões de euros; e
b) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

3. Uma concentração que não atinja os limiares estabelecidos no numero 2 tem dimensão comunitária quando:

a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2500 milhões de euros;
b) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros;
c) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e
d) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

O conceito de concentração firmado é amplo e se compõe de formas clássicas de fusões, compra de ações ou de participação, cessão da gestão da empresa, aquisição de ativos, controle mediante exercício de direito de veto, desde que tais ações permitam a mudança de controle de forma duradoura. Sobre concentração, colhe-se da jurisprudência:

Assim, qualquer operação ou conjunto de operações que realize «uma mudança do controle duradoura», conferindo «a possibilidade de exercer uma influência dominante sobre [a] empresa» visada, é considerada uma concentração realizada na acepção do regulamento das concentrações. A característica comum a essas concentrações é a seguinte: onde existiam duas empresas distintas antes da operação para uma determinada atividade econômica passa a só existir uma após essa operação. Posta de lado a hipótese da fusão, que consagra o desaparecimento de uma das duas empresas em causa, a Comissão deve assim determinar se a realização da concentração tem por consequência atribuir a uma das empresas em causa um poder de controle sobre a outra, poder esse que não detinha antes.

²⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. **EC n. 139/2004**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

Esse poder de controle consiste na possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa, designadamente quando a empresa titular desse poder lhe pode impor escolhas relativas às suas decisões estratégicas. A aquisição de uma participação que não confere, em si mesma, o controle na acepção definida pelo artigo 3º do regulamento das concentrações não constitui assim uma concentração considerada «realizada».²⁶²

É de ser destacada a preocupação restritiva da análise, conforme se verifica da jurisprudência:

Além disso, o conceito de concentração não pode ser alargado a casos em que, na falta da obtenção do controle, uma participação no capital não confere, em si mesma, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade da empresa, mas se insere mais amplamente no quadro de uma concentração notificada examinada pela Comissão e declarada incompatível com o mercado comum no fim desse exame sem que tenha havido mudança de controle na acepção acima referida. Com efeito, esse poder não é conferido à Comissão pelo regulamento das concentrações. De acordo com os próprios termos utilizados pelo artigo 8º, nº 4, do mencionado regulamento, o poder de ordenar a alienação de todas as participações adquiridas por uma empresa noutra empresas só existe para «restabelecer [...] a situação existente antes da realização da concentração». Sem aquisição do controle, a Comissão não dispõe do poder de dissolver a referida concentração.

Sobre esse tema, a doutrina acentua que:

El control resultará con carácter general, de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, posteriormente efectúa una enumeración indicando que, em particular, tendrá lugar mediante:

Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,

Contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

Finalmente este precepto concluye estableciendo una presunción *iures et de iure*.²⁶³

Em síntese, a avaliação da concentração, consoante previsão do artigo 13 do CE n. 139/2004, deve se preocupar com os mercados de produtos afetados e os mercados geográficos, com ponderações qualitativas e quantitativas e, ainda, deverá considerar o grau de concentração existente no mercado considerado.

²⁶² UNIÃO EUROPEIA. **Processo T-411/07 - Aer Lingus Group plc contra Comissão Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁶³ LIMARQUEZ, María Viñuelas; LLOPIS, Andrea Gavela; VALLVÉ, Joaquim Hortalá. **Concentración de empresas**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 359.

Aplica-se, portanto, a regra da razão, impondo ainda, os critérios da ponderação,²⁶⁴ entre os possíveis efeitos prejudiciais para a concorrência e os efeitos positivos ou compensatórios, decidindo então, pela compatibilidade ou viabilidade da concentração, inviabilidade, ou viabilidade com condicionantes.

A avaliação de mercados, pela União Europeia, está dividida em duas: (i) mercado de referência e (ii) mercado afetado,²⁶⁵ que se definem da seguinte maneira:

El mercado de referencia combina el mercado de productos y el mercado geográfico, que se definen de la siguiente manera:

- Un mercado de productos de referencia comprende todos los productos y/o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan;
- Un mercado geográfico de referencia comprende el territorio en el cual las empresas de referencia son contratadas para la oferta de bienes y servicios en cuestión y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.

El mercado afectado se refiere a los mercados de productos de referencia en los que, en el territorio del Espacio Económico Europeo, en la Comunidad, en el territorio de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), en cualquier Estado miembro o en cualquier Estado de la AELC, se den las circunstancias siguientes:

Que dos o más partes de la concentración desarrollen actividades empresariales en el mismo mercado de productos y la concentración dé lugar a una cuota de mercado combinada de al menos el 15%. Tales relaciones se denominan <<horizontales>>;

Que al menos una de las partes de la concentración desarrolle actividades empresariales en el que opere cualquier otra parte de la concentración y que sus cuotas de mercado individuales o combinadas sean al menos del 25%, con independencia de que exista o no una relación de cliente/proveedor entre las partes de la operación. Tales relaciones se denominan <<verticales>>.²⁶⁶²⁶⁷

²⁶⁴ Ana Paula Barcellos define ponderação como: “ponderação também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*, será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

²⁶⁵ Ver: UNIÃO EUROPEIA. **CE 802/2004**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

²⁶⁶ LIMARQUEZ, María Viñuelas; LLOPIS, Andrea Gavela; VALLVÉ, Joaquim Hortalá. **Concentración de empresas**. In: LERENA, Diego Loma-Orsorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 384.

²⁶⁷ Tradução livre: O mercado relevante combina o mercado do produto e mercado geográfico, definido como segue:

- Um mercado do produto relevante compreende todos os produtos e / ou serviços que o consumidor considera intermutáveis ou sustituíveis por causa de suas características, preços e utilização pretendida;

O CE n. 139/2004 foi editado em 20 de janeiro de 2004, e recebeu complementação através do CE n. 802, de 07 de abril de 2004, que em dezembro de 2013, foi alterado, tão somente, para simplificar os modelos de apresentação das operações de concentração. Em 2014, a Comissão Europeia apresentou o Livro Branco intitulado *Rumo a um controle mais eficaz das concentrações da UE*, através do qual pretende alcançar uma maior eficácia conjunta das regras em nível nacional e em nível da União.

Tecnicamente, o abuso da posição dominante na Europa não contempla as previsões do artigo 101 do TFUE, isto porque, as previsões de abuso de posição dominante estão contidas no artigo 102 do TFUE. Entretanto, quer pelo estudo comparado com o Brasil, quer porque a razão norteadora de parte do contido no artigo 101 do TFUE, é impositivo tecer algumas considerações.

Fernando Castillo de La Torre estabelece como conceito preliminar que:

La aplicación del art. 101 TFUE exige, pues, diferenciar dos etapas. En una primera fase se debe analizar si el acuerdo entre empresas, la decisión de asociación de empresas y/o práctica concertada de que se trate resulta incompatible con el mercado común por afectar al comercio entre Estados miembros y restringir la competencia (por su objeto o efecto). Ahora bien, ello no significa que dicha conducta vaya a estar prohibida. En efecto, se abriría en este caso una segunda fase para determinar si dicha conducta prohibida se puede reputar exenta por reunir las condiciones establecidas por el art. 101.3 TFUE.²⁶⁸²⁶⁹

- Um mercado geográfico compreende o território em que as empresas de referência são contratados para o fornecimento de bens e serviços e em em importa que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas.

O mercado relevante refere-se ao mercado em produto relevante que, no território do Espaço Económico Europeu, em Comunidade, em território dos Estados da Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA), em qualquer Estado-Membro ou em qualquer Estado da EFTA, nas seguintes circunstâncias:

a) duas ou mais partes na concentração exercem Atividades comerciais em Produtos o mesmo mercado e de a concentração conduzir a uma quota de pelo menos 15% do mercado. Tais relações são chamados <<horizontais>>;

b) Pelo menos uma das partes na concentração desenvolvem actividades comerciais em que qualquer outra parte na concentração e as suas quotas de mercado individuais ou combinados são pelo menos 25%, independentemente de haver ou não uma relação cliente / fornecedor entre as partes para a transação. Tais relações são chamados <<verticais>>.

²⁶⁸ TORRE, Fernando Castillo de la. **El artículo 101 TFUE: los acuerdos prohibidos en la jurisprudencia del tribunal de justicia**. In: CALVO, Mercedes Pedraz; SOLIS, David Ordóñez. **El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España**. Madrid: La Ley, 2014, p. 158.

²⁶⁹ Tradução livre: A aplicação do art. 101 do TFUE exige, portanto, distinguir duas fases. Numa primeira fase deve analisar se o acordo entre empresas, decisões de associações de empresas e / ou prática concertada em questão é incompatível com o mercado comum por afectar o comércio entre

Como a União Europeia tem elevada cautela em proporcionar um maior grau de segurança jurídica, há diversos regulamentos que prevêm as chamadas isenções nas mais diversas categorias, tais como:

- (i) 330/2010 – acordos verticais e determinados contratos associativos;
- (ii) 1217/2010 – pesquisas, patentes e desenvolvimento;
- (iii) 267/2010 – seguros;
- (iv) 461/2010 – veículos automotores e
- (v) 316/2014 – transferência de tecnologia.

Assim como a jurisprudência formada, a doutrina não descarta a hipótese de tais regramentos conflitarem com a jurisprudência, e atribuírem valor preponderante à jurisprudência, nesse caso, porém, tais regramentos têm força obrigatória perante a Comissão.²⁷⁰

As práticas associativas e/ou coordenadas, sempre que tenham por objeto o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência,²⁷¹ serão ilícitas, portanto, não é possível afirmar que a simples associação ou coordenação possa ser ilícita, o que atrairia a regra *per se* automaticamente.

A exigência caminha no sentido de ser perquirido ou analisado o conteúdo das disposições, a finalidade objetiva que pretende ser alcançada e o contexto econômico/jurídico. Nesse sentido, a sentença do Tribunal de Justiça (sala terceira), de 6 de outubro de 2009:

En primer lugar, há de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia de un acuerdo son requisitos no acumulativos sino alternativos para apreciar si tal acuerdo está comprendido dentro de la prohibición del

Estados-Membros e restringir a concorrência (por objeto ou efeito). No entanto, isso não significa que esse comportamento será proibido. Com efeito, nesses casos, abre-se uma segunda fase para determinar se a conduta proibida podem ser isenta ao considerar as condições estabelecidas pelo art. 101,3 TFUE.

²⁷⁰ Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. **Sentença de 28 de junho de 2005, Dansk Rorindustri e outros vs. Comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

Na síntese aponta que ao editar o regramento a administração se autolimita, não podendo distanciar-se de tais regramentos, sob pena de afrontar os princípios gerais de direito tais como a igualdade, segurança jurídica e confiança legítima.

²⁷¹ LAVILLA, Jesús Rodrigo; PARDO-MARTÍNEZ, Luis Sancho y. **Acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas y prácticas concertadas**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 109.

artículo 81 CE, apartado 1. Ahora bien, es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec.pg. 337), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción “o”, lleva em primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido del acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario examinar los efectos y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. Resulta igualmente de la jurisprudencia que no es necesario examinar los efectos de um acuerdo cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia (véase, em este sentido, la sentencia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. Pg. I-0000, apartados 28 y 30).

Em outro julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2013, e, portanto, sob a égide do artigo 101 do TFUE, no caso C-68/12,²⁷² de 07 de fevereiro de 2013, cabe mencionar o julgado em que figuraram como partes *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky* (serviços dos acordos restritivos da concorrência da autoridade da concorrência da República Eslovaca) e o banco *Slovenska Sporitel A.S.*

Aduzem os fatos que a empresa *Akcentra*, operando no mercado financeiro com câmbio escritural, mantinha conta em três importantes bancos da Eslováquia. Essas contas eram utilizadas para cumprir o objeto social da *Akcentra* e, especialmente, para transferir divisas a partir ou com destino a Eslováquia.

Os bancos entenderam que a *Akcentra* havia assumido posição de concorrente, impactando negativamente nos seus resultados. Diante disso, em conluio, rescindiram os contratos de contas correntes com a *Akcentra*. Note-se que tais contas eram essenciais à atividade dessa empresa, sem as quais, inclusive, não seria possível a Akcenta manter-se no mercado.

O Tribunal solidificou, então, o entendimento de que os requisitos não são cumulativos, mas sim, alternativos. Isto é, para que a conduta reste como ilícita, podem ser analisados o objetivo ou os seus efeitos (uma ou outra), sendo que, quando verificado que o objetivo é manifestamente anticoncorrencial, é desnecessário perquirir seus efeitos. Nesse caso os três bancos infratores foram sancionados com multas de mais de três milhões de euros cada um.

²⁷² UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-68-12**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

A posição dominante em um dado mercado é uma qualificadora de fato,²⁷³ depende principalmente dos costumes, da tradição terminológica dos tipos legais, da consciência atual,²⁷⁴ é que a relação entre dominação ou efeito de dominação e posição dominante, embora estejam intimamente próximas tem distinção. A posição dominante pressupõe uma condição estrutural complexa ou multifatorial, a dominação, em si, é a relação de poder considerada em si mesma²⁷⁵.

A União Europeia também entende que é lícita a ocupação de posição dominante, sendo que as normas legais (coibitivas) estão dirigidas sobre o abuso de posição dominante, portanto, a controlar a conduta das empresas.²⁷⁶

A previsão legal da União Europeia detalha que as práticas abusivas podem consistir em: (i) impôr, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; (ii) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (iii) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; (iv) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. Esse rol é meramente exemplificativo.

No caso da Espanha, a previsão está contida na Lei n. 15/2007, artigo 2, que aduz:

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
El abuso podrá consistir, en particular, en:
La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos;
La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores;
La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

²⁷³ COSTA, Blanca Vila. **El “abuso de posición dominante” en la C.E.E.** Madrid: Instituto Nacional de administración pública, 1979, p. 95.

²⁷⁴ COSTA, Blanca Vila. **El “abuso de posición dominante” en la C.E.E.**, p. 168.

²⁷⁵ COSTA, Blanca Vila. **El “abuso de posición dominante” en la C.E.E.**, p. 171.

²⁷⁶ CABANELLAS, Guillermo. **Derecho Antimonopolico y de defensa de la competencia.** Buenos Aires: Heliasta, 1983, p. 645.

La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

Como se observa o conteúdo, tanto em nível espanhol quanto comunitário, é basicamente idêntico, sendo que a Espanha elenca também a negativa de satisfazer demandas de compras ou de prestação de serviços. Além disso, aponta que, até mesmo as empresas dotadas dos chamados monopólios estatais, estão sujeitas ao dispositivo legal.

Entretanto, nem a disposição do TFUE, tampouco a LDC/ES definem ou conceituam o que é posição dominante. No caso da Espanha, a *Lei sobre Práticas Restritivas da Concorrência*, de 23 de julho de 1963, definia que:

Una empresa goza de posición de dominio cuando, para un determinado tipo de producto o servicio, es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo.

Constata-se que a evolução jurídica caminhou no sentido da previsão ser um tanto quanto mais aberta e, portanto, não restrita a conceitos e definições, atribuindo esses conceitos a construções jurisprudenciais:

Memorandum da la Comisión sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1 de diciembre de 1965:

La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico; es decir la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible.

Sentencia TJCE Continental Can (1973):

Cuando tienen una posibilidad de determinar su comportamiento con independencia que le permita actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores.

Sentencia TJCE United Brands (1978):

Demuestra que la posición de dominio no sólo se basa en independencia en cuestiones de precios sino que también puede afectar a otros aspectos como, en este caso, el control de los puertos de salida de los plátanos y los mecanismos de distribución de éstos.

Sentencia TJCE Hoffman-La Roche (1979):

Una posición de fuerza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable frente a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores.

Comunicación da la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 define la posición de dominio como aquella que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores.²⁷⁷

Em 19 de abril de 2012, o Tribunal de Justiça da União Europeia, na apreciação da TJCE 2012, 87 (sala terceira) declarou que:

En lo que concierne al grado de dominio de um mercado específico por parte de la empresa interesada a efectos de determinar la existencia de un abuso de esa empresa, del apartado 79 de la sentencia Telia Sonera Sverige, antes citada, resulta que la posición dominante a que se refiere el artículo 102 TFUE atañe a una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia.²⁷⁸

A definição firmada pela jurisprudência espanhola acompanha a comunitária. É de ser ponderado que, embora o conteúdo da Lei Espanhola seja bastante claro no sentido de que a coibição se aplica também às empresas que detém alguma disposição legal, portanto, podem ser empresas públicas, concessionárias, autorizadas ou de mercado regulado, a doutrina destaca que, na prática, é duvidosa a sua aplicação. Assim, cabem os seguintes comentários:

Un buen ejemplo puede hallarse en la Resolución de 6 de febrero de 2014 AENA 2, en la que AENA, la empresa pública legalmente encargada de la gestión, ordenación y explotación de los aeropuertos estatales, adoptó determinadas medidas y normas destinadas a regular la actividad económica de las empresas de alquiler de vehículos que no eran concesionarias de AENA. La CNMC no entró a examinarlas distintas medidas adoptadas por AENA bajo la premisa general de que ésta catuaba en el marco de sus competencias y al amparo de la normativa legal y el interés general.²⁷⁹

Contudo, também já se verificou o sancionamento:

En la Resolución de 3 de marzo de 2009 (AC 2009, 370) Funerarias Baleares, el CCNC declaró que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca era co-responsable, junto con la empresa funeraria municipal, de la comisión de una conducta abusiva em la medida em que controlaba y dirigia la actuación de la referida empresa municipal.²⁸⁰

²⁷⁷ NATAL, Myriam Rodríguez; CARLES, Bárbara Aranda; RUIZ, Federico Pastor. **Abuso de posición de dominio**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 174.

²⁷⁸ NATAL, Myriam Rodríguez; CARLES, Bárbara Aranda; RUIZ, Federico Pastor. **Abuso de posición de dominio**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**, p. 176.

²⁷⁹ FUENTES, José Massaguer; ARQUER, José Manuel sala; CRESPO, Jaime Folguera; GUTIÉRREZ, Alfonso. **Comentarios a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados e la Competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 149.

²⁸⁰ FUENTES, José Massaguer; ARQUER, José Manuel sala; CRESPO, Jaime Folguera; GUTIÉRREZ, Alfonso. **Comentarios a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos**

Em 7 de outubro de 1999, a terceira sala, do então Tribunal de Primeira Instância, apreciou o processo T-228/97,²⁸¹ que analisou um acordo de divisão de mercado entre a empresa Irlandesa (único produtor de açúcar de beterraba na Irlanda e principal fornecedor de açúcar) e outros dois concorrentes do Reino Unido.

Nesse caso, além do acordo de partilha, também foram empregados expedientes de descontos fronteiriços, que se traduziram em preço discriminatório, o que permitia, inclusive, influir no preço a varejo, sendo que: *os entraves a essa influência devem, pois, ser considerados obstáculos à realização desse mercado comum, nefastos para uma concorrência efetiva e não falseada.*²⁸²

A multa aplicada restou reduzida no julgamento de 8.800.000 Euros (oito milhões e oitocentos mil Euros), para 7.883.326 Euros (sete milhões oitocentos e oitenta e tres mil, trezentos e vinte e seis Euros).

No processo T-30/89²⁸³, o Tribunal de Primeira Instância, segunda sala, entendeu por sancionar a empresa *Hilti Ag*, pela prática de vendas casadas e preços discriminatórios. É interessante, ainda, que nesse caso a empresa alegava, tanto que não ocupava posição de domínio, quanto que estava presente a substituíbilidade da oferta.

Nesse ponto, a Comissão aplicou testes econométricos que permitiram concluir que existia apenas uma substituíbilidade econômica relativamente fraca, o que, em si, já constituía uma barreira de entrada. A pena aplicada foi de seis milhões de Euros, assim como foram exigidas medidas imediatas para cessar as práticas anticoncorrenciais.

A Comissão²⁸⁴ analisou processo que envolveu a Orange Polska, anterior denominação *TP – Telekomunikacja Polska S.A.*, sob a consideração que a TP

sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados e la Competencia, p. 151.

²⁸¹ UNIÃO EUROPEIA. *Irish Sugar plc. vs. Comissão Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

²⁸² Item 185 do Acórdão.

²⁸³ UNIÃO EUROPEIA. *Processo T-30-89*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

²⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Processo T-486/11 - julgado em 17 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

abusara da sua posição dominante, ao recusar conceder acesso à sua rede e fornecer produtos, visando proteger a TP no mercado varejista.

Para concretizar essa conduta, a TP desenvolveu um comportamento complexo, que incluía pelo menos cinco elementos: (i) propôs à concorrente condições não razoáveis de acordos; (ii) atrasou o processo de negociação com outros dois concorrentes; (iii) limitou o acesso à sua rede; (iv) limitou o acesso às linhas de assinante e (v) recusou fornecer informações precisas e confiáveis que eram indispensáveis para outros operadores tomarem decisão de acesso.

A conclusão foi no sentido de que a conduta limitava e impedia o acesso de outros operadores e a pena aplicada foi de 127.554.194 Euros (cento e vinte e sete milhões, quinhentos e cinquenta e quatro mil e cento e nova e quatro Euros).

A Sétima Sala do Tribunal de Geral, em 12 de junho de 2014, no processo 286/09,²⁸⁵ pronunciou-se no sentido que a dissimulação do agente econômico através do emprego de cláusulas não escritas anticoncorrenciais fora dos contratos escritos, ou mesmo, da utilização de cláusulas escritas que indicavam o contrário do que estava realmente acordado, caracteriza falseamento do mercado.

Além disso, no caso acima, o contrato tinha por objetivo de longo prazo, impedir a entrada de concorrente nos canais de venda mais importantes de um ponto de vista estratégico. A esse caso soma-se, ainda, uma peculiaridade, porque os demais concorrentes também eram igualmente eficazes. Por fim, manteve-se a multa aplicada pela Comissão de 1.060.000.000 Euros (um bilhão e sessenta milhões de euros).

O Tribunal Geral (quinta sala), no processo T-251-11,²⁸⁶ analisou questão que envolvia auxílios da Austria, para grandes consumidores de energia. Nesse caso, a Comissão já havia considerado que o auxílio estatal era incompatível com o mercado comum, eis que o subsídio proporcionava diferenciações entre operadores econômicos, alterando, portanto, o grau de competitividade.

²⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Intel Corp vx vs. Comissão Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

²⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. **República da Áustria vs. Comissão Europeia- julgado em 11 de dezembro de 2014**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

Ainda proporcionava que os distribuidores de eletricidade repercutissem sobre os consumidores finais os custos adicionais oriundos da vantagem concedida aos agentes econômicos. Desse modo, a Comissão ponderou também que referida medida devia ter em conta os seus efeitos negativos no meio ambiente.

O relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, sobre a política de concorrência de 2015, editado em 15 de junho de 2016, destaca preocupações²⁸⁷ com a evolução do mercado, com novas práticas anticoncorrencias.

Dentre elas há a preocupação em assegurar uma concorrência não falseada na *internet*, aduzindo que não se exige uma reforma do Direito Concorrencial e das ferramentas, já que os instrumentos da política concorrencial estão se adaptando rapidamente às novas características do mercado.

Há em curso algumas investigações relevantes, por exemplo, em abril de 2016, a Comissão enviou ao *Google*²⁸⁸ uma comunicação alegando abuso de posição dominante no serviço de pesquisa que favorece sistematicamente seus serviços.

As preocupações da Comissão no caso *Google* estão voltadas para, pelo menos, três pontos: (i) cópia de conteúdos de *internet* de concorrentes; (ii) exclusividade da publicidade e (iii) restrições indevidas. Outra investigação se refere à empresa *Amazon*.²⁸⁹

A investigação, nesse caso, centra-se em cláusulas que parecem proteger a *Amazon* da concorrência de outros distribuidores de livros eletrônicos, como cláusulas que lhe concedem o direito de ser informada da oferta de condições mais favoráveis ou alternativas aos seus concorrentes e, por consequência, que sejam asseguradas ao menos essas mesmas condições ou melhores.

²⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 jun. 2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul 2016, p. 5.

²⁸⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Processo AT.39740**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

²⁸⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Processo AT.40153**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

Também há investigação em curso quanto à comunicação e TV paga por assinatura. O enfoque no caso são acordos de concessão de licenças que bloqueiam determinados acessos de consumidores fora do território objeto da licença. Também no setor de telefone móvel, verifica-se outra investigação em curso, mais uma vez envolvendo a *Google*.

A Comissão Europeia, na esteira da interligação entre concorrência e sustentabilidade, assim se pronunciou:

A criação de uma União da Energia é um grande passo em frente para um mercado da energia integrado, interligado e resistente em benefício dos consumidores, das empresas e do ambiente. As empresas e os agregados familiares, que estão no cerne da União da Energia, devem ser capazes de pagar preços acessíveis e competitivos. Simultaneamente, a política energética da UE baseia-se nos três pilares: da sustentabilidade, competitividade e segurança do abastecimento de energia.

A criação de uma União da Energia com uma política climática ambiciosa exigirá uma transformação fundamental do sistema energético da Europa. Em 2015, a Comissão começou a apresentar resultados no que toca a esta prioridade fundamental.

Em 25 de fevereiro de 2015, a Comissão apresentou a sua Estratégia-Quadro para uma União da Energia resiliente dotada de uma política em matéria de alterações climáticas virada para o futuro. A Estratégia-Quadro define, em cinco vertentes de política interligadas («Segurança energética, solidariedade e confiança», «Um mercado interno da energia plenamente integrado», «Eficiência energética, contribuindo para moderar a procura», «Descarbonização da economia» e «Investigação, inovação e competitividade»), os objetivos da União da Energia — e as medidas que a Comissão irá tomar para atingi-los.

A UE necessita de abandonar uma economia alimentada pelos combustíveis fósseis, baseada em tecnologias obsoletas e em modelos de negócio desatualizados. O atual sistema fragmentado, caracterizado por políticas nacionais descoordenadas, barreiras de mercado e zonas isoladas do ponto de vista energético, tem de ser ultrapassado. Reforçar o poder dos consumidores, dando-lhes informações e escolhas, é igualmente crucial.

Integrar os mercados da energia constitui um objetivo fundamental da União da Energia. Se o gás e a eletricidade circulassem livremente na UE, tal seria mais sustentável do ponto de vista económico, ecológico e socialmente inclusivo.

Aplicar a legislação no domínio anti-trust para tornar a energia mais segura, acessível e sustentável.

A aplicação da legislação no domínio anti-trust desempenha um papel fundamental na promoção da integração do mercado na União da Energia, combatendo as distorções do mercado decorrentes do comportamento dos operadores com uma posição dominante no mercado.²⁹⁰

²⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 jun. 2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul 2016, p. 10-11.

Outro ponto que a Comissão Europeia se preocupa, porque é fonte de desequilíbrio concorrencial, é a não conformidade de agente econômico quanto às obrigações legais, inclusive fiscais, assim como coibe reduções artificiais de tributos, com ou sem a participação da autoridade fiscal. Nesse sentido:

Nesta era de crescente globalização, um mercado único mais aprofundado e mais equitativo é uma mais-valia fundamental para a construção de uma economia da UE mais forte que incentive a criação de emprego e o crescimento. Por esta razão, fazer avançar a integração do mercado único continua no topo das prioridades da Comissão. O objetivo da Comissão consiste em criar novas oportunidades para os cidadãos e as empresas, permitindo que as pessoas, os bens, os serviços e os capitais circulem mais livremente no interior das fronteiras do mercado único.²⁹¹

Esses enfoques que a União Europeia emprega encontram diversos fundamentos no Regulamento n. 596/2014, que visa coibir o abuso de mercado, e amplia o rol de pessoas responsáveis na comunicação de eventual detecção de não conformidade ou indício dessa, assim como impõe determinadas obrigações da manutenção de dados, tais como os de levantamento de mercado.

Observa-se, de forma clara, que a União Europeia está absolutamente preocupada com as novas formas de abalo à concorrência, assim como em coibir a chamada economia da manipulação e fraude.²⁹² Isso pode ser destacado no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre as práticas comerciais desleais nas relações entre empresas da cadeia de abastecimento alimentar, elaborado em 29 de janeiro de 2016, qual seja:

Em julho de 2014, a Comissão adotou uma Comunicação intitulada «Lutar contra as práticas comerciais desleais (PCD) nas relações entre empresas da cadeia de abastecimento alimentar». As PCD são práticas que se desviam significativamente da boa conduta comercial, são contrárias à boa-fé e às práticas comerciais leais e são impostas unilateralmente por um parceiro comercial a outro. A Comunicação explica a razão pela qual a estrutura de mercado da cadeia de abastecimento alimentar é particularmente vulnerável às PCD e descreve os danos que estas práticas podem causar aos operadores com fraco poder de negociação. Para resolver o problema das PCD, a Comunicação incentiva os operadores da cadeia de abastecimento alimentar europeia a participarem em regimes voluntários que visem promover as melhores práticas e reduzir as PCD, e

²⁹¹UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 jun. 2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul 2016, p. 14.

²⁹² Nesse sentido é interessante: AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. **Pescando com tolos: a economia da manipulação e fraude**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

salienta a importância de uma aplicação eficaz e independente a nível nacional.²⁹³

A inconsistência, entretanto, que a própria Comissão relata é que a tipificação legal do TFUE é voltada ao abuso de posição dominante, e a maioria dos casos verificados, embora o infrator detenha posição forte no mercado, não atinge a condição de dominante.

Dessa forma, cabe a cada Estado-Membro, desde que detenha previsão legal, tanto coibir a prática como salvaguardar a concorrência. Nesse caso, a Espanha contempla essa previsão através do artigo 3º da Lei n. 15/2007 – LDC, que prevê, como infração concorrencial, o falseamento da livre concorrência por atos desleais que afetem o interesse público.

2.6 Acordo de compromisso e leniência

A possibilidade de realização de compromisso ou acordo de compromisso, perante à autoridade antitruste da União Europeia. O acordo pode se dar por iniciativa do agente econômico, através de uma proposta que, se considerada suficiente pela Comissão, pode ser formalizada, convertendo-se em obrigação. Segundo detalham os artigos 9º e 13º da CE n. 1/2003:

Art. 9º

1. Quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infração e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objeções expressas pela Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios para as empresas. Esta decisão pode ser aprovada por um período de tempo determinado e deve concluir pela inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas.

2. A Comissão pode, a pedido ou oficiosamente, voltar a dar início ao processo se: a) Tiver ocorrido uma alteração substancial da situação de fato em que a decisão se fundou; b) As empresas em causa não cumprirem os seus compromissos; ou c) A decisão se basear em informação es incompletas, inexatas ou deturpadas prestadas pelas partes.²⁹⁴

Art 13º

1. Caso as autoridades responsáveis em matéria de concorrência de dois ou mais Estados-Membros tenham recebido uma denúncia ou tenham oficiosamente dado início a um processo nos termos dos artigos 81 ou 82

²⁹³ UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 29 jan. 2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul 2016, p. 1.

²⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **CE n. 1/2003**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul 2016.

do Tratado contra o mesmo acordo, decisão de associação ou prática, a instrução do processo por parte de uma autoridade constitui, para as restantes autoridades, motivo suficiente para suspenderem a respectiva tramitação ou rejeitarem a denúncia. A Comissão pode igualmente rejeitar uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-Membro está já a instruir o processo. 2. Se for apresentada a uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência ou à Comissão uma denúncia contra um acordo, uma decisão de uma associação ou uma prática que já está a ser instruída por outra autoridade responsável em matéria de concorrência, tal denúncia pode ser rejeitada.²⁹⁵

Os compromissos ou acordos são compostos de dois elementos: declarativos e executivos, e podem consistir nos chamados remédios de comportamento ou remédios estruturais:

Los remédios de comportamiento afectan a la conducta futura de la empresa sancionada, obligándole a hacer –remedio positivo- o a no hacer –remedio negativo- algo. Esta clase de remedios es frecuente en los casos de abuso de posición dominante, y aunque suelen ser menos controvertidos que los remedios estructurales no pueden obviarse grandes polémicas generadas por remedios de comportamiento como fu la del Caso Microsoft en el que se obligó a dicha empresa a vender su producto Windows sin el reproductor Windows Media.

Los remedios estructurales se refieren a intervenciones artificiales sobre la economía de mercado, cuyo instrumento habitual es la obligación de desinversión. En virtud de ellos la empresa se ve obligada a prescindir de alguno de sus bienes o derecho de propiedad intelectual.²⁹⁶

Há preferência da União Europeia por remédios comportamentais, conforme o artigo 12º do CE n.1/2003. As considerações europeias são em razão da complexidade que envolve as fases de implementações dos remédios, especialmente quando se tratam de pacotes de desinvestimento, inclusive com realização de testes de mercado, de forma a garantir que a alienação ou a manutenção de ativos, resulte em nível excessivamente reduzido de viabilidade produtiva.

A leniência é presente na União Europeia desde 1996 e há jurisprudência consolidada no Tribunal Geral, que permite extrair as seguintes conclusões:

Existe una gran discrecionalidad por parte de la Comisión para apreciar el grado de cooperación de las empresas y en su caso aplicar una reducción de la multa, en la medida en que las pruebas deben ser esenciales y distintas de las que posea en ese momento la Comisión.

²⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. **CE n. 1/2003**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul 2016.

²⁹⁶CARLES, Barbara Aranda; HUERTA, Sonsoles Centeno; RUIZ, Frederico Pastor. **Procedimientos em matéria de defesa de la competencia**. In: LERENA, Diego Loma-Orsorio. **Tratado de derecho de la competencia**, p. 334.

Las declaraciones de clemencia en caso de ser contradichas durante el procedimiento deben ser corroboradas por otros elementos de prueba para hacer prueba plena.

Para que exista vulneración del principio de igualdad es imprescindible que las empresas se encuentren en idéntica situación, lo que en la práctica será difícil demostrar, en tanto en cuanto la valoración del grado de cooperación es en gran parte subjetiva.

El hecho de que la cooperación se inicie después del inicio de un requerimiento de información, puede valorarse como un elemento más dentro del conjunto para concretar el grado de reducción, pero no puede considerarse como determinante.²⁹⁷

Em 2002 uma nova comunicação (*leniency notice 2002*) foi editada com o objetivo de aclarar alguns pontos que suscitavam dúvidas, assegurando imunidade à primeira empresa requerente da clemência e, ainda, abriu-se a possibilidade de prestação de informações de forma oral.

Em 2006, através da Rede Europeia de Concorrência (ECN) foi delineado o *ECN Model Leniency Programme*. Em 2012 a normativa recebeu uma revisão e continua em vigor até o momento. Em regra a imunidade quanto à multa somente ocorre quando a Comissão não possuir elementos de prova suficientes para verificar a ocorrência da infração.

Nesse cenário, as empresas subsequentes que apresentem informações com valor adicional podem ter a multa reduzida de 30 % a 50%, ao passo que a segunda de 20 % a 30% e as demais uma redução de até 20%.

Em 20 de janeiro de 2016, o Tribunal de Justiça, Segunda Sala, analisando questão prejudicial, pronunciou-se de forma elucidativa, nos seguintes termos:

79. O Tribunal já declarou que os programas de clemência constituem ferramentas úteis na luta eficaz para deter e por fim às violações das regras de concorrência e servem assim, o objetivo da aplicação efetiva dos artigos 101 e 102 do TFUE.

82. Assim, o Tribunal declarou que a comunicação relativa à clemência tem por objetivo criar um clima de incerteza nos cartéis, com vista a encorajar a sua denúncia à Comissão (acórdão LG Display e LG Display Taiwan/Comissão, C-227/14 P, EU:C:2015:258, nº 87). Essa incerteza decorre designadamente do fato de um único participante num cartel poder

²⁹⁷CARLES, Barbara Aranda; HUERTA, Sonsoles Centeno; RUIZ, Frederico Pastor. **Procedimientos em matéria de defensa de la competencia**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**, p. 292.

beneficiar da imunidade total e de, a todo tempo, a Comissão poder, por sua iniciativa, identificar a existência desse cartel.²⁹⁸

Importante é que o fato de uma empresa beneficiar-se de leniência não a protege das consequências na esfera civil, tais como indenizações por responsabilidade civil. Em 2013 foi lançada uma proposta de diretiva pela Comissão, sobre as ações de indenização, aprovada como texto legal em 26 de novembro de 2014, que deve ser implementada em até dois anos pelos Estados Membros:

A diretiva envolve basicamente dois objetivos: assegurar o exercício efetivo do direito à reparação e regular a aplicação pública e privada do direito europeu da concorrência. Dentro do segundo objetivo, é enfrentado o problema da interface entre a aplicação dos programas de leniência frente às ações privadas de responsabilidade civil por danos concorrenciais. Com relação à responsabilidade civil do beneficiário de imunidade, a proposta abrange dois aspectos principais: (a) a proteção dos documentos provenientes de acordos de leniência e (b) a limitação da sua responsabilidade civil.²⁹⁹

A diretiva aborda que a responsabilidade civil em regra é solidária de todos os membros do ilícito e, em caso de leniência, o dever de reparação englobaria somente os danos efetivamente causados pela conduta exclusiva da empresa signatária do acordo.

No caso da Espanha, a existência de acordos, compromissos e leniência também se encontram presentes, havendo, entretanto, relevância quanto à existência na Espanha da *Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada* – comumente chamada de *Fiscalía Anticorrupción* - criada pela Lei n. 10/1995, de 24 de abril.

Esse órgão desenvolve funções legalmente atribuídas em uma tríplice direção: (i) delitos economicos de especial transcendência e/ou complexidade técnica jurídica; (ii) delitos de corrupção pública e (iii) delitos de lavagem de capitais cometidos por organizações criminosas. O modelo implementado pela Espanha tem apresentado resultados bons, inclusive por permitir a troca de informações confidenciais.

²⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-428-14 – DHL Express (Italy) vs. Autoritá Garante dela Concorrenza e del Mercato**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

²⁹⁹ SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu**. Revista do Ibrac, Ano 21, Vol 26, p. 115-134, São Paulo: dez/2014, p. 119.

Segundo os dados divulgados no ano de 2014, a *Fiscalía Anticorrupción* atuou em 86 processos envolvendo defraudações, insolvência punível, e delitos relativos ao mercado e consumidores, portanto, intimamente ligado à defesa da concorrência. É de ser registrado que a atuação da *Fiscalía Anticorrupción*, como instituição jurídica, tem despertado interesse nos grupos de pesquisa brasileiros inerentes ao Direito Concorrencial.

2.7 Poder sancionatório

Conforme previsto no artigo 103 do TFUE e no Regulamento CE n. 1/2003, pode a Comissão impor multas sancionadoras ou coercitivas. Sobre esse tema José Eugenio Soriano García registra que:

La autoridad de competencia es, sobre todo y más que cualquier otra cosa, una autoridad administrativa que ejerce la potestad sancionadora, de donde resulta <<la enorme importancia que reviste un buen orden jurídico, en el que las actuaciones de la Administración hagan pronta aparición dentro de una correcta y bien preparada organización del procedimiento, de las garantías, y así de la seguridad y previsibilidad de la acción pública. Porque es capital, fundamental, que las empresas conozcan con alguna previsión em qué consisten los límites a su actuación em los mercados.³⁰⁰

A capitulação das sanções (coercitivas ou sancionatórias) pecuniárias possíveis da autoridade administrativa impor, encontram-se nos artigos 23º e 24º do CE n. 1/2003. Assim, é possível ser aplicada multa de 1% do volume total de negócios do exercício anterior, sempre que deliberadamente ou por negligência, sejam fornecidas informações inexatas, incompletas, deturpadas ou ainda, quando houver recusa a dar resposta cabal sobre fatos objeto da investigação.

No caso da infração aos artigos 101 e 102 do TFUE a multa pode chegar até 10% da soma do volume de negócios total realizados no exercício anterior.

Há uma normativa denominada de *Orientações de 2006*, na qual a Comissão se baseia para calcular a multa. A gravidade da infração é levada em conta na primeira fase do cálculo da multa, ou seja, no momento da determinação do montante de base desta. Com efeito, por força do ponto 19 das *Orientações de 2006*, o montante de base da multa está ligado a uma percentagem do valor das

³⁰⁰ SORIANO GARCÍA, José Eugenio. **La potestad sancionadora em la Ley de Defensa de La Competencia**. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº 14, abril/2010, p. 15

vendas, determinado em função do grau de gravidade da infração, multiplicado pelo número de anos da infração.

Nos termos do ponto 20 das *Orientações de 2006*, a Comissão deve apreciar a gravidade da infração numa base casuística para cada tipo de infração, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes do caso.

De acordo com os pontos 21 e 22, a Comissão, como regra geral, fixa a percentagem do valor das vendas tomado em consideração num nível que pode ir até 30% (trinta por cento) e, para decidir se a percentagem do valor das vendas a tomar em consideração se deve situar num nível inferior ou superior dessa escala, tem em conta fatores como a natureza da infração, a cota de mercado agregada das empresas em processo, o âmbito geográfico da infração e se a infração foi ou não posta em prática. As multas coercitivas guardam idêntico tratamento.

CAPÍTULO 3

OS ELEMENTOS DETERMINANTES DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE NO BRASIL

3.1. Marco regulatório

O marco regulatório do Direito Concorrencial, como evolução das políticas públicas, pode e deve ser analisado através das complexas relações entre o papel do Estado e a iniciativa privada. E esse prisma, ainda, pode ser analisado sob a ótica do interesse privado ou do interesse público.

O enfoque aqui traçado é o interesse público, reconhecendo que há, pelo menos, quatro fases ou divisões históricas fundamentais: (i) o período patrimonialista (1500-1831); (ii) da regulação desconcentrada (1831-1930); (iii) da regulação concentrada (1930-1990); e (iv) período contemporâneo (1990-)³⁰¹.

No caso brasileiro, o desenvolvimento sobre a organização da ordem econômica vem estampado na história legislativa-constitucional, sendo impositivas algumas considerações. Sobre o tema, Vinícius Marques de Carvalho destaca que:

Embora a independência do Brasil tenha ocorrido sob os auspícios de lojas maçônicas, que tinham como finalidade, dentre outras, o estímulo ao livre comércio sob um regime liberal, isso não impediu que a crescente influência da aristocracia agrária no governo imperial conseguisse assegurar para si uma série de privilégios principalmente por meio das tarifas alfandegárias.³⁰²

O Brasil, neste período, apresentou um aumento de atividades econômicas, o que exigia a ampliação dos instrumentos jurídicos. Os espaços públicos e privados foram melhor delineados e separados. Acerca desse tema, Aguillar registra que:

A nova fase do Direito Econômico brasileiro durará 60 anos e será decisiva para a definição da atual regulação econômica vigente no Brasil. O período foi marcado pela reação estatal às crises do mercado livre, à necessidade de substituição de importações desencadeadas por dois conflitos mundiais sucessivos, pela desastrosa criação tecnológico-econômica dos planos de congelamento de preços e pelos governos autoritários de direita.³⁰³

³⁰¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**.

³⁰² CODORVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p. 18.

³⁰³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**, p. 128.

A Constituição de 1937, embora tenha tido pouca expressão, especialmente pelo momento político que vivenciava, traz pela primeira vez a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”, expresso no artigo 135, que tinha como finalidade contestar a tendência socializante da época.

Neste momento foram editados dois decretos o DL n. 869/1938 e o DL n. 7.666/1945 que, efetivamente, foram as primeiras ordenações brasileiras de Direito Concorrencial, marcadas por um discurso pregado pelo Ministro Agamenon Magalhães, do então Presidente Getúlio Vargas. Tais normas foram editadas, num contexto ideológico nacionalista de proteção do capital e do mercado brasileiro contra ataques de cartéis e o abuso do poder econômico internacional.³⁰⁴

Em clima de fim da Segunda Guerra que, basicamente coincide com o longo período ditatorial do governo brasileiro, é promulgada a Constituição de 1946, que era:

De cunho liberal, que admite a intervenção subsidiária do Estado no domínio econômico, preservando, contudo, os direitos sociais. Subsidiária, porque a atuação econômica estava voltada preponderantemente à iniciativa privada, com a intervenção estatal se dando apenas em caráter supletivo para regular ou implementar atividade econômica. Com isso, alcançou-se um certo equilíbrio na atividade empresarial e reguladora do Estado.³⁰⁵

É preciso compreender que o Brasil, como o mundo, especialmente a Europa, selava neste momento histórico as ditaduras e vivenciou a necessidade de implantação da democracia, como forma de evitar a repetição de horrores de uma nova guerra mundial.

O universo do Direito da Concorrência foi, portanto, ampliado, especialmente dezesseis anos depois da promulgação da Constituição de 1946, quando foi editada a Lei n. 4.137/62. É importante destacar que, nesse percurso histórico, a implementação da concorrência no Brasil não foi vista como mero mecanismo de defesa de mercados, mas também como instrumento de preservação da sociedade e das próprias instituições democráticas.³⁰⁶

³⁰⁴ CODORVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 18.

³⁰⁵ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**, p. 99.

³⁰⁶ FRAZÃO, Ana. **A necessária constitucionalização do direito da concorrência**. In CLÈVE, Clèmerson Merlin, FREIRE, Alexadre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014, p. 145.

A Constituição de 1967, votada sob pressão do Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, ressalta a ideia da segurança nacional, fazendo com que a ordem econômica e social adquira um valor teleológico.

Até a sua revogação pela Constituição de 1988, viu-se um crescimento do intervencionismo do Estado no plano da atividade empresarial, com o surgimento das sociedades de economia mista, empresas públicas. Além disso, o Estado passou a exercer atividade econômica empresarial. Houve uma certa deturpação do princípio intervencionista, isto porque, originalmente seria no sentido de intervenção como poder diretivo e não intervenção no sentido de executar as funções.

Não é demais registrar que o maior momento de estatização da economia brasileira, se deu no regime militar, ocasião em que o Brasil paralisou seu desenvolvimento político – em realidade, retrocedeu nesse plano enquanto sua sociedade crescia e se fazia mais complexa.³⁰⁷

Rompendo com o regime militar, foi proposta em 1985 a criação de uma Assembleia Constituinte, instalada em 1 de fevereiro de 1987, que resultou na promulgação da Constituição de 1988. A sociedade brasileira clamava pelo rompimento político anterior, o que proporcionou a formação de uma ideologia marcada pela contraposição aos fundamentos informadores do constitucionalismo anterior, objetivando construir uma sociedade efetivamente justa, solidária, e que tem como referente determinante a dignidade da pessoa humana.

Essa sociedade deve ser alcançada conforme o modelo desenhado nos seus artigos 1º e 3º, assim como o art. 170, que não pode ser ignorado pelo Poder Executivo.³⁰⁸

Nesse cenário é relevante a complementação trazida por João Bosco Leopoldino da Fonseca:

A finalidade da ordem econômica e financeira deve estar também em consonância com os dispositivos do inciso III do artigo 1º, e com os constantes do artigo 3º, em que especificamente está consagrado o elemento teleológico do Estado Democrático de Direito.

³⁰⁷ FURTADO, Celso. **Brasil: a construção interrompida**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 75.

³⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16 Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 46.

[...]O Estado se sente responsável pelo fato de que liberdade e igualdade dos indivíduos e das comunidades compreendidas na sociedade por ele organizada, sejam uma real e substancial liberdade e uma verdadeira igualdade, através da eliminação da miséria, da ignorância, da excessiva desigualdade entre os indivíduos, classes e regiões³⁰⁹.

No que se refere à concorrência após a Constituição, dando seguimento à sua tentativa de implementar a abertura de mercado e a liberalização da economia nacional, sentiu-se a necessidade de um instrumento normativo que pudesse reprimir os abusos de poder econômico em um mercado que deveria, a partir de então, se autorregular.³¹⁰

Nesse quarto período, o denominado contemporâneo, o Brasil, caminhou na compreensão da necessidade a regulação pela concorrência, que segundo Aguillar:

A ideia que tem norteado a ação do governo brasileiro é a de que a competitividade no setor público e no privado proporcionará ganhos quantitativos e qualitativos tanto para o Estado quanto para os usuários dos serviços e consumidores dos produtos.³¹¹

Oswaldo Agripino de Castro Junior defende que a defesa da concorrência está compreendida na regulação econômica:

Orientada para suprir falhas de mercado, de forma que o setor público atua para corrigir as distorções do mercado que afetam o bem-estar dos indivíduos e até mesmo substituir o mercado. Aliás, a regulação econômica não é indiferente ao mercado e leva em consideração os sinais, a informação fornecida pelo mercado mas, ao mesmo tempo, deve estimular a concorrência e combater a concorrência imperfeita.³¹²

Ademais, o desenvolvimento econômico, exige segurança especialmente de que a exploração mercantil será leal, o que se dá através do respaldo jurídico, é relevante conceituar que esse respaldo jurídico, pode ser dividido em dois grandes grupos de normas: (i) normas estruturais, que são aquelas de competência objetiva e subjetiva, tais como as que instituem a livre iniciativa, que criam o aparato processual e judicial para que os direitos possam ter coercitividade; (ii) normas de ajuste, que são aquelas que atuam diretamente no exercício do mercado, restringindo, delimitando, vedando e até punindo abusos.

³⁰⁹LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**, p.91.

³¹⁰ CODORVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 19.

³¹¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**, p. 185

³¹²CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino de. **Direito Portuário e a Nova Regulação**. (no prelo), p. 130.

A tipificação das infrações, ou de ação repressiva, está contida no art. 36 da Lei n. 12.529/2011 que, diga-se, foi basicamente reproduzido o art. 20 da lei anterior. Diz o artigo 36 que:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 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.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - 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; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Conforme se verifica da leitura do artigo supracitado, a repressão não exige dolo ou culpa, tampouco que a lei exige, para a condenação a produção efetiva de efeitos deletérios à concorrência, bastando que esses efeitos possam ser produzidos, nesse sentido, Paula Forgioni:

Para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato (quer acordo, quer abuso, quer concentração) determine a incidência do art. 36, *caput*, ou seja, tenha por objeto ou produza um dentre os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.³¹³

Por evidência que o dispositivo legal está vinculado e subordinado à Constituição Federal, que não define um modelo econômico que possa ser considerado como excludente. Pelo contrário, sua ordem econômica é aberta, suscetível de ser moldada a diversos sistemas econômicos.³¹⁴

³¹³ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, 2014, p. 132.

³¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. **A iniciativa econômica na Constituição Brasileira de 1988**. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estado e constituição: estado social e poder econômico face a crise global**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p 47.

Tal característica é inclusive bastante interessante na medida em que se discute, rotineiramente, que o ordenamento jurídico de um país raramente está à frente das necessidades jurídicas de um país, sendo por vezes as normas estanques³¹⁵, entretanto, um sistema aberto que permita à classe jurídica-acadêmica interpretações evolutivas pode conduzir e alavancar a sociedade ao melhor desenvolvimento.³¹⁶

3.2 A autoridade Antitruste

No ano de 1962 foi criado o CADE, cujo campo de atuação era bastante limitado, em razão do amplo poder conferido à Comissão de Fusão e Incorporação, bem como pelo rígido monitoramento de preços.

Em 1991 foi criada a Secretária Nacional de Direito Econômico – SNDE – que tinha como propósito apurar e propor medidas cabíveis para corrigir o comportamento do mercado. Já em 1994, a Lei n. 8.884 transformou o CADE em autarquia federal e implantou o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Bruno Conde Caselli registra que:

A lei 8.884/1994, antiga lei de Defesa da Concorrência, instituída em um momento de abertura e liberalização da economia brasileira, teve o papel importante de consolidar e modernizar a definição de infrações à ordem econômica e ampliar a importância das análises antitruste (atos de concentração econômica), contribuindo para o fortalecimento do aparato institucional necessário à repressão ao abuso do poder econômico.³¹⁷

Ainda na década de 90, com a criação das agências reguladoras setoriais, começou a redução da intervenção diretiva do Estado, para uma forma regulamentar (jurídica), que deu espaço para o surgimento mais efetivo da defesa da concorrência.

³¹⁵ CAMELIER DA SILVA, Alberto Luis. **Concorrência desleal: atos de confusão**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

³¹⁶ REAL FERRER, Gabriel. Aulas em abril/2015 – Alicante – Espanha.

³¹⁷ CASELLI, Bruno Conde. **A interação entre SEAE e ANP à luz da nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/2011)**. Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, ano 21, vol 26, ISSN 1517-1957, pp 177-193, p. 181 .

Os atores sociais conquistaram relativa autonomia na organização de um sistema econômico razoavelmente complexo, a partir da “digestão” de sinais externos e de acumulação de capital,³¹⁸ clamando pelo aprimoramento do sistema.

Em 2011, a Lei n. 12.529 promoveu uma autocorreção na defesa da concorrência, trazendo alguns avanços. Conforme exposição de Vinícius Marques de Carvalho, inaugurou-se uma nova fase na implementação da política de defesa da concorrência brasileira:

Primeiro, porque a Lei 12.529/11 consolida avanços no que tange à implementação dessa política no âmbito do SBDC propriamente dito. Aqui, trata-se tanto dos avanços que se deram na esfera institucional, como no que diz respeito a questões de direito material que eram objeto de discussões frequentes no regime da Lei 8.884/1994.

Segundo, mas não menos importante, porque a nova lei abre novos caminhos para que a política brasileira de defesa da concorrência seja cada vez mais pensada para além da esfera exclusivamente administrativa com uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que ainda é mais incipiente no Brasil, também na esfera civil.³¹⁹

Esse novo desenho institucional reforçou a necessidade de estreitamento das relações da autoridade concorrencial com as agências reguladoras setoriais, bem como promoveu uma grande alteração na estrutura dos órgãos da defesa da concorrência, unificando as funções de: investigação de casos de conduta, instrução de atos de concentração e decisão final.

Foi introduzido, ainda, importante possibilidade do controle prévio de atos normativos de agências reguladoras, e entidades públicas ou privadas, bem como proposições legislativas (artigo 19 da Lei n. 12.529/2011).

3.3. O Sistema de defesa da concorrência

O sistema brasileiro de defesa da concorrência, SBDC, atualmente com suporte legal na Lei n. 12.529/2011, de estrutura institucional simplificada, composto por dois órgãos: (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e (ii) a Secretária de Acompanhamento Econômico – SEAE.

³¹⁸ CODORVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 22.

³¹⁹ CODORVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 32.

A SEAE é vinculada ao Ministério da Fazenda, e possui competências bastante restritas, limitadas praticamente à advocacia da concorrência,³²⁰ elaboração de pareceres para subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas,³²¹ e com mandato para avaliar os impactos concorrenciais de novas normas regulatórias – especialmente oriundas das agências reguladoras.³²²

Cumprido ao CADE o papel de protagonista, vinculado ao Ministério da Justiça, constituído por quatro órgãos internos principais: (i) Superintendência Geral – SG; (ii) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (iii) Departamento de Estudos Econômicos; e (iv) Procuradoria Federal Especializada.

Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Junior, detalha que:

A SG, que é composta por um superintendente-geral e dois superintendentes-adjuntos, exerce as funções de investigação e de instrução de processos administrativos de condutas, as quais, nos termos da Lei n. 8.884/1994, ficavam a cargo da SDE. Além disso, a SG deve instruir e oferecer pareceres em atos de concentração econômica, papel antes desempenhado prioritariamente pela SEAE.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE é composto por seis conselheiros e um presidente e tem a função de decidir, em última análise no âmbito do Poder Executivo, sobre a existência ou não de infrações à ordem econômica, bem como sobre a imposição de alguma restrição a concentrações econômicas, ou até mesmo reprovação, caso se verifique a potencialidade lesiva à concorrência (art. 9º, X, c/c §2º da Lei 12.529/2011).

Leonardo Vizeu Figueiredo explica que o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) é:

Dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

O Economista-Chefe é nomeado, por ato conjunto, do Superintendente-Geral e do Presidente do Tribunal, dentre os brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico, podendo participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto.

É de ser destacado que o DEE é a aplicação efetiva do direito e economia e, portanto, tem significativa importância institucional no SBDC. Sobre esse órgão, Vinicius Marques de Carvalho destaca que:

³²⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 128.

³²¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 267.

³²² PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, p. 39.

Como consequência desse fenômeno, o uso de evidência econômica na solução de casos antitruste tem se expandido de forma crescente nas principais jurisdições do mundo. Esse movimento é percebido no que concerne tanto à resolução de questões referentes a condutas anticompetitivas, quanto ao controle de fusões. O uso da evidência inclui a apresentação de fatos econômicos que substanciem alegações com respeito: [i] a demonstração e cálculo para ressarcimento de danos; [ii] à identificação de mercado relevante e poder de mercado; e [iii] à avaliação de efeitos competitivos de condutas e fusões; entre outros aspectos.³²³

O papel do DEE poderá contribuir para que o CADE siga o exemplo de outras jurisdições e passe a se dedicar a estudar mercados específicos com o objetivo de identificar possíveis condutas anticompetitivas.³²⁴

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE é encarregada de representar o CADE em processos judiciais e emitir pareceres não vinculativos em processos administrativos e atos de concentração,³²⁵ a ProCADE também passa a ter competência expressa para tomar medidas judiciais para obtenção de documentos para instrução de processos administrativos e propor ação cautelar de busca e apreensão.³²⁶

A estrutura do SBDC tem proporcionado especialmente que o aprimoramento das normas infralegais, com o CADE, regulamentando alguns temas da Lei n. 12.529/2011, de modo a aumentar a segurança jurídica inclusive por meio de elaboração de manuais.³²⁷

3.4. Processo Administrativo de Defesa da Concorrência

O processo administrativo de defesa da concorrência tem previsão na Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 48:

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

³²³ CARVALHO, Vinicius Marques de. **Defesa da concorrência: estudos e votos**. São Paulo: Singular, 2015, p. 51.

³²⁴ CARVALHO, Vinicius Marques de. **Defesa da concorrência: estudos e votos**, p. 51.

³²⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, p. 38.

³²⁶ CARVALHO, Vinicius Marques de. **Defesa da concorrência: estudos e votos**, p. 52.

³²⁷ ROSA, Mariana Boabaid Dalcanale. **Modelo de transição institucional da política de defesa da concorrência**. In: CARVALHO, Vinicius Marques. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 48.

- III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;
- IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
- V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
- VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Por força constitucional são aplicados todas as garantias e direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988, tais como ampla defesa, contraditório e o devido processo legal. Aplica-se, ainda, de forma subsidiária as leis n. 5.869/73; n. 7.347/85; n. 8.078/90 e n. 9.784/99, conforme preceitua o artigo 115 da LDC. Também há resolução administrativa, que foi a primeira a ser aprovada, que se chama RICADE – Resolução n. 1, de 29 de abril de 2012.

Conforme o artigo 66 da LDC, a investigação sobre eventual infração à ordem econômica geralmente tem origem em representação formulada por qualquer interessado, ou em ato de ofício da superintendência-geral. Paula Forgioni detalha que:

A partir da representação, é possível a instalação de três tipos de procedimentos:

Caso a Superintendência-Geral tenha dúvidas quanto à competência do CADE para apreciar a questão, dará início ao *procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica* (art. 66, §2º);

Caso a Superintendência-Geral entenda haver indícios suficientes determinará desde logo a abertura de “Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica”; ou Na hipótese de concluir que não há indícios suficientes para a instauração de processo administrativo, a Superintendência-Geral determinará a abertura de *Inquérito administrativo para a apuração de infrações à ordem econômica*.

Em resumo, esclarecida a competência do CADE sobre a prática se, desde logo, houver indícios suficientes de infração, abre-se o processo administrativo; caso contrário, instaura-se o inquérito com o escopo de verificar se a suspeita de incidência do art. 36, caput, possui fundamento.³²⁸

Assegura-se, o tratamento sigiloso de dados, documentos e informações que tratem de questões contábeis, fiscais e próprias da estratégia da empresa. Além disso, também é permitida a participação de terceiros que possam a ser afetados

³²⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 148.

pela decisão a ser adotada ou aqueles legitimados à propositura de ação civil pública. Ainda por força da Portaria SDE n. 456/2010, são considerados interventores, o impugnante que se opõe à realização de ato de concentração.

A LDC trata com detalhes o processo administrativo por meio dos artigos 48 a 83. O artigo 84 prevê a possibilidade de aplicação de medida preventiva.

Observa-se que há uma preocupação clara em respeitar todos os pilares basilares do processo administrativo, especialmente aqueles de cunho constitucional, evidenciando um processo moderno e que almeja celeridade e eficiência.

3.5. Conceito doutrinário e jurisprudencial de posição dominante

O conceito brasileiro quanto à posição dominante tem como pressuposto que a livre iniciativa, como toda liberdade pública, é relativa. Ela sofre limitações no conjunto de valores que a Constituição Federal assegura, porque a liberdade econômica, a livre iniciativa e o próprio mercado, estão condicionados pelos fins e objetivos coletivos apregoados na Constituição.

Não se pode, contudo, olvidar, que esses fins e objetivos apregoados na Constituição, compostos por uma miríade de valores estruturais, tais como a propriedade, o valor social do trabalho, a função social, as liberdades e garantias fundamentais, as limitações estatais, sofrem de forma interligada uma espécie de autolimitação.

Por isso, quando se fala em atividade econômica e em liberdade de empreender economicamente, deve-se ter em mente que tais regras se estruturam em função do interesse coletivo³²⁹. Calixto Salomão Filho indaga que:

Ao direito antitruste, em geral, e aos atos tendentes à dominação dos mercados, em particular, tem sido atribuída uma interpretação eminentemente econômica. Se esse elemento deve ser levado em conta ao lado do jurídico, como é possível fazer conviver o caráter normalmente rígido dos padrões normativos com a flexibilidade necessária à verificação do enunciado em termos econômicos? Qual elemento deve prevalecer na definição do conteúdo mencionado? O elemento econômico ou o elemento valorativo-jurídico? ³³⁰

³²⁹ NAZAR, Nelson. **Direito econômico**. 3. Ed. – São Paulo: Edipro, 2014, p. 102.

³³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**, p. 423.

A resposta apresentada, segundo o próprio Calixto Salomão Filho, é que se faz necessário uma percepção do elemento dinâmico, que é a concorrência, tão logo seja reconhecido que o foco é retirado dos sujeitos a serem protegidos e colocado na instituição concorrência.³³¹ Nelson Nazar explica quanto à dominação de mercados, que:

Violenta a ordem econômica, ainda que exercida sob o pretexto de liberdade econômica. Essa prática, segundo Miguel Reale, “se dá quando uma ou mais empresas, através de meios ardilosos, susta o advento de novas estruturas econômicas” (REALE, 1974, p.550). Assim, as empresas se unem e impedem que outras venham a atuar na mesma área; são os oligopólios, monopólios, monopsônios (que são como o monopólio, porém ao contrário, isto é, somente um comprador para determinado bem ou serviço e diversos fornecedores).³³²

Observamos que, embora de forma sutil, a definição permite compreender que os controles e preocupações do Direito Concorrencial, em termos de posição dominante, concentram-se em dois pontos: (i) as estruturas; (ii) as condutas. E portanto, no caso brasileiro, em termos de poder dominante, concentra-se primordialmente nos (i) atos de concentração e (ii) no poder de mercado.

A determinação da posição dominante, para essa pesquisa, deve levar em consideração que a diferença entre um mercado concentrado e um mercado competitivo é questão apenas de grau.³³³³³⁴

Em termos de atos de concentração, o requisito mercado relevante, presente no art. 13, inciso II, e, no art. 36 § 2º da Lei n. 12.529/2011, vem sendo conceituado, presumindo a existência de poder dominante sempre que controlar 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado, percentual que pode ser alterado para se adequar à realidade de determinados setores.

O ex-conselheiro do CADE, Cesar Mattos, esclarece que descrever o mercado relevante implica responder à questão:

Quem são e onde estão localizados os concorrentes que determinado empresário considera quando fixa seus preços. Ou seja, quem são os

³³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**, p. 425.

³³² NAZAR, Nelson. **Direito econômico**, p. 104.

³³³ KORAH, Valentine. **Concept of a dominant position within the meaning of article 86**. Common MarketLaw Review, Issue 3, pp. 395–414, 1980, p. 396 – tradução livre.

³³⁴No original: “There is no sharp division between monopoly and competition: Market power is a matter of degree”.

agentes que determinado empresário observa como seus concorrentes, influenciando ou constringendo, portanto, sua política de preços. A análise de mercado relevante recai, com grande frequência, na concorrência via preços. No entanto, a análise pode ser estendida também para outros tipos de concorrência como a procedida via qualidade.

(...)

É a partir desse mercado relevante construído que irá se definir o *Market-share* de cada um dos agentes e, por conseguinte, os presumíveis efeitos anticoncorrenciais de uma concentração ou as possibilidades de abuso por parte de determinada empresa. No caso de um ato de concentração, quanto maior o número de empresas incluídas no mercado relevante, menor o *Market-share* das empresas fundentes e, por conseguinte, menores, em média, os impactos negativos presumidos sobre a concorrência.

Analogamente, no caso de condutas abusivas, quanto maior o número de empresas incluídas no mercado relevante da empresa acusada, menor o seu *Market-share* e, por conseguinte, menor, na média, a capacidade presumida da mesma empreender comportamentos anticompetitivos.³³⁵

A doutrina brasileira apregoa uma aproximação quase intuitiva entre a parcela de mercado detida pelo agente de mercado e o poder dela derivado,³³⁶ entretanto, adota não um conceito automático de posição dominante, mas sim, acompanha o *International Competition Network* [ICN], avaliando as externalidades, isto é, os efeitos colaterais – positivos ou adversos – gerados por agentes econômicos sobre terceiros.³³⁷

O CADE em estudo voltado a área de saúde conceituou que:

Externalidades ocorrem quando o consumo de um bem por um indivíduo afeta as decisões de consumo ou produção de outro(s); ou quando a produção de um bem por um indivíduo (ou firma) afeta as escolhas de consumo ou produção de outros indivíduos ou firmas. Externalidades podem ter efeitos positivos ou negativos sobre a produção ou consumo de terceiros.

Como os agentes privados, em geral, consideram apenas os efeitos próprios de certas ações e não os efeitos sobre a coletividade, no caso desses efeitos (externalidades) serem positivos a produção do bem ou serviços que geram esse efeito será aquém do nível eficiente, gerando a necessidade da intervenção do poder público por meio da produção direta ou via medidas de incentivo, como subsídios.

No mercado de saúde suplementar, observa-se a presença de externalidades à medida que a condição de saúde de um indivíduo pode estar sujeita a escolhas de outros indivíduos que vivem na mesma sociedade. Os benefícios produzidos por campanhas de vacinação são exemplos típicos de ações que produzem externalidades positivas no

³³⁵ MATTOS, Cesar. **Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 5, 1998, p. 7.

³³⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 273.

³³⁷ ICN. **Antitrust enforcement in regulated sectors working group: report to the Third ICN annual conference**. Seoul, 2004. Disponível em: <www.internationalcompetitionnetwork.org>. Acesso em: 22 abr. 2016.

mercado de saúde, pois a imunização de uma parcela da população é capaz de reduzir a probabilidade de se contrair determinadas doenças para todos os indivíduos do grupo.³³⁸

Conceitua-se um ato de concentração como uma operação em que dois ou mais agentes independentes economicamente realizam um procedimento que resulta em uma mudança duradoura na sua estrutura empresarial ou na sua forma de controle.³³⁹

A doutrina brasileira se preocupa com a concentração pontualmente por relacionar com o aumento de poder econômico de um ou mais agentes do mercado.

No campo do antitruste, o termo concentração vem empregado para:

Identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições de mercado. A mais comum liga-se a situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia, como nas operações de fusão, incorporação etc. Há, também, concentração quando se dá a constituição de nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado ou quando uma empresa adquire ativos ou parcela do patrimônio de outra.³⁴⁰

Até a Lei n. 8.884/1994, o controle de concentrações era primordialmente *a posteriori*, o que rendeu críticas da doutrina nacional e internacional, a revista *The Economist*³⁴¹ apontou o fato inclusive como uma “esquisitice brasileira”. Passando-se somente após a vigência da Lei n. 12.529/2011 a ser possível a análise prévia dos atos de concentração.

A análise prévia de uma pretensa operação que resulte ou possa resultar em ato de concentração, resulta em conferir publicidade e, inclusive, proporcionar que outros agentes econômicos participem do processo como terceiros interessados, conforme preceitua o art. 50 da Lei n. 12.529/2011.

³³⁸ CADE. **Caderno do Cade: Mercado de saúde suplementar: condutas**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

³³⁹ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE**. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito Econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

³⁴⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 402

³⁴¹ “This year seen the demise of a Brazilian oddity: na antitruste regime that allowed companies to merge first and regulator to ask questions only later.” *A Champion for Choice? The Economist*. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21560892>>. Acesso em: 13 jun 2016.

A doutrina brasileira reivindicava também que a análise fosse prévia, em face do princípio da segurança jurídica³⁴², outra preocupação era o tempo de análise, o que, segundo a Lei n. 12.529/2011 é limitada em 240 (duzentos e quarenta) dias, podendo ser estendida até 330 (trezentos e trinta) dias.

A concentração, pode ser horizontal ou vertical:

É considerada concentração horizontal não apenas aquela integração entre empresas que fabriquem ou comercializem o mesmo produto. Firms no mesmo mercado são consideradas todas aquelas que se incluem na mesma definição de mercado relevante. Assim, todos os fabricantes de produtos substitutos, que, em caso de aumento de preços, passariam a ser consumidos, devem ser incluídos no mercado.³⁴³

Os acordos verticais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que se situam ao longo da cadeia produtiva ou distributiva, ou seja, de uma linha imaginária que vai desde a produção da matéria-prima até a distribuição final do produto ou do serviço.³⁴⁴

A análise das razões da concentração, dos motivos ou fatores que levaram o agente econômico a tal pretensão, não tem maior relevância na doutrina brasileira, que não seja eventuais debates sobre sua tolerância, o que se analisa efetivamente são os possíveis efeitos trazidos pela operação ao mercado.

Com suporte nas doutrinas pesquisadas, deve ser ponderado:

- a. Que a operação de concentração tende ao arrefecimento da concorrência, pois é uma das formas de atingir ou reforçar a posição monopolística.
- b. O alvo pode não ser o controle do outro agente, mas sim de pessoal especializado, patentes, direitos de propriedade intelectual e outros privilégios³⁴⁵.
- c. Os eventuais efeitos de economia de escala que a operação pode gerar.
- d. Ganhos ou economias tributárias que possam influenciar na concorrência.

³⁴² A análise posterior inclusive trazia problemas judiciais, eis que era rotineiro a utilização de medidas judiciais, em que liminares impediam ou dilatavam eventuais exigências do CADE, inobstante o apelo quanto ao encerramento ou limitação de um empreendimento em atividade.

³⁴³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**, p. 325.

³⁴⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

³⁴⁵ No ramo farmacêutico tal prática é muito presente.

Por outro lado, não se pode adotar uma conduta generalista de que todo ato de concentração é prejudicial, ou que não merece ser tolerado, é presente no direito brasileiro. Em determinados casos o princípio da preservação da empresa e, que, muitas vezes a mercê do encerramento, da falência ou até da inviabilidade econômica/financeira para determinada empresa, tem como única solução sua venda, que resulta em eventual ato de concentração.

O direito brasileiro previu ainda o controle dos contratos associativos, consórcios ou *joint venture*³⁴⁶, tendo o CADE editado a Resolução n. 10/2014, que versou sobre a notificação de contratos associativos e estabelece:

Consideram-se associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência.

§ 1º Para fins do disposto no caput deste artigo, considera-se que há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência:

I - nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a vinte por cento (20%);

Ou

II – nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver trinta por cento (30%) ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes;

b) do contrato decorra relação de exclusividade.

Especialmente a relação de exclusividade, representa um grande avanço, e objetiva corrigir graves inconsistências no mercado, inclusive, reduz o elevado número de conflitos judiciais que se originam desses contratos.

O termo exclusividade costuma ser utilizado para denominar o vasto leque de obrigações que podem tocar tanto aos fabricantes, quanto aos distribuidores, de forma que a mesma palavra é empregada para designar veios contratuais diversos.³⁴⁷

³⁴⁶ Artigo 90 da Lei 12.529/2011.

³⁴⁷ CADE. **Consulta 08700.010927/2015-67 – Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Junior – 20/01/2016**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

Por si, a exclusividade limita a liberdade de atuação econômica dos contratantes, posto que uma das partes ou as duas contraem a obrigação de não celebrar o mesmo tipo de negócio com terceiro.³⁴⁸ Extraí-se do voto do conselheiro-relator:

O efeito econômico das cláusulas de exclusividade é similar ao efeito da restrição territorial. Em ambos os casos a competição de preços é limitada. O estabelecimento de um acordo de exclusividade pode gerar efeitos anticompetitivos: (a) elevar os custos de entrada de competidores potenciais ou elevar os custos de rivais efetivos no mercado no setor correspondente, e (b) aumentar o poder de mercado do provedor na medida em que conseguem restringir o acesso de rivais potenciais ou efetivos aos sistemas de distribuição, obrigando-os a constituir canais próprios.³⁴⁹

Vê-se que o avanço da doutrina brasileira, acolhido pelo CADE, no que tange à exclusividade que, efetivamente, representa um elemento de “alerta” para a análise da concorrência, pois a liberdade de escolher o parceiro contratual é, sem dúvida, um elemento básico da liberdade de iniciativa.³⁵⁰

Em consonância com a legislação, a doutrina, e o entendimento jurisprudencial do CADE, atesta-se que a análise dos atos de concentração apresenta caráter institucional³⁵¹. Vinícius Marques de Carvalho argumenta que:

Não é mais passível de grandes questionamentos que a efetividade de algumas políticas públicas no Estado contemporâneo depende da capacidade de se assegurar a adesão dos interesses sociais e econômicos com os quais a ação pública interage. Refere-se aqui às políticas cujos resultados não decorrem apenas da atuação estatal, mas também da forma como essa ação se posiciona diante de interesses em conflito, ou ainda, de como a política visa conformar esses interesses na direção dos objetivos desejados.

Essa aderência ou acoplamento depende de dois fatores que podem se alternar ou complementar. O primeiro consiste na adesão não mediada, baseada única e exclusivamente na coincidência de interesses, de modo que ou a política é capturada pelo interesse ou o interesse o é pela política. O segundo se refere a um processo de mediação e conciliação entre interesses públicos e privados legítimos, em que a esfera do poder público constitucionalmente habilitada a assegurar uma comodidade ou direito

³⁴⁸ FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 71.

³⁴⁹ CADE: Consulta 08700.010927/2015-67, item 16, p. 4.

³⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – As condutas**, p. 246.

³⁵¹ Fala-se institucional não apenas no seu aspecto estático, i.e. como a opção por uma determinada estrutura administrativa, mas também tendo em vista seu aspecto dinâmico, i.e. abarcando a escolha do regime processual que rege e disciplina sua atuação.

combina instrumentos de imposição, de indução e de negociação para auxiliá-la na implementação de uma política pública.³⁵²

No ato de concentração n. 08700.010790/2015-41, em que o CADE analisou a concentração entre *Banco do Bradesco* e *HSBC*, foi realizado estudo do *market share*, consistente em 25 (vinte e cinco) atividades relevantes, que restaram afastadas para a análise de probabilidade de exercício de poder de mercado, uma vez que se entendeu que os problemas concorrenciais referem-se ao mercado bancário como um todo. O Parecer n. 12/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE consignou que:

A SG concluiu que o ato se insere em um mercado com evidências bastante claras de ausência de competição efetiva, com elevadas margens de lucro e baixa eficiência operacional, resultando em serviços mais caros e de menor quantidade para os consumidores, em um mercado com elevados custos de troca. Trata-se de um mercado com tendência de concentração e com elevadas barreiras à entrada.

A conclusão do CADE foi pela aprovação com restrições, através de medidas que possam garantir maior nível de bem estar para os consumidores e promover algum incremento de competição no mercado.

Em outro caso,³⁵³ que tinha como escopo a formação de uma *joint venture* entre SBT, Record e RedeTV, que passará a se chamar *Newco*, com participação acionária igualitária, para atuarem conjuntamente na transmissão do conteúdo/programação linear da TV aberta para as prestadoras de serviço de acesso condicionado, verificou-se um debate avançado.

A conselheira-relatora, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, apresentou voto pela reprovação da operação e se pautou primordialmente no bem estar do consumidor final,³⁵⁴ na possibilidade das requerentes fazerem preço de forma abusiva.³⁵⁵ Referido voto amparou-se na experiência e jurisprudência nos EUA:

Pela experiência da FCC³⁵⁶, com a autorização da negociação conjunta do *retransmission consent*, pode haver elevação do valor cobrado de 20% a 40% com relação a preços praticados em livre competição (segundo o

³⁵² CARVALHO, Vinícius Marques de. **Acordo em controle de concentração: possibilidades, conveniência e diálogo social**. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito Econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

³⁵³ CADE. **Ato de concentração número 08700.006723/2015-2**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

³⁵⁴ Item 175 do voto.

³⁵⁵ Item 168 do voto.

³⁵⁶ Federal Communications Commission.

conselheiro Tom Wheeler). A FCC conclui que negociações conjuntas de radiodifusoras que estejam entre as quatro maiores do ranking (segundo suas audiências) constituem uma violação à regra da negociação em “boa-fé” do *retransmission consent*, pois diminui a rivalidade entre as TVs abertas e pode, na negociação comercial com as operadoras, retirar canais desta nova empresa. As operadoras querem audiência. Cabe às TVs abertas, portanto, investir em bons conteúdos, para que as operadoras encontrem valor em seus conteúdos, indo ao encontro do bem-estar do CFs.³⁵⁷

Na análise do quesito poder compensatório, a definição argumentada pela conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt é:

Chama-se ato de criar poder compensatório a situação em que ofertantes de um determinado produto/serviço se reúnem para fazer frente a um poder de monopsonio pré-existente ou, ao contrário, o cenário em que demandantes de um certo produto se juntam face a um poder de monopólio pré-existente. A mão é na via dupla, podendo a teoria do poder compensatório produtiva (que inclui não somente o mercado do produto, mas também o mercado de trabalho em que negociam patrões e colaboradores, o mercado de saúde negociado entre médicos e as operadoras de planos de saúde, etc.). Não se pretende qualificar o que venha a ser “eles se juntam”. As empresas de um mesmo setor podem passar a colaborar entre si via um ato de concentração (AC) ou por meio de um acordo, como ocorre com a formação de cooperativas, federações ou associações.³⁵⁸

A conclusão do voto da relatora aduz que a *joint venture* traz preocupações concorrenciais proeminentes e grande probabilidade de impactar negativamente o bem-estar do mercado consumidor (que representa 60 milhões de brasileiros que assinam TV paga), pelo que votou pela não aprovação.

O voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro divergiu da relatora quanto ao mercado relevante, aduzindo que:

Em primeiro lugar, acho que as considerações sobre escolhas do consumidor final sobre o que assistir não são as mais adequadas para definir mercado relevante, porque elas, as escolhas, se dão em momento posterior às transações afetadas pelo objeto da *joint venture*. As transações afetadas serão as escolhas feitas pelas operadoras para compor pacotes de canais ofertados aos assinantes. Uma vez que a operadora já tenha logrado convencer um assinante a aderir a um ou mais pacotes, trocar de canal não tem qualquer custo e não representa migração direta da demanda.³⁵⁹

Registrou o Conselheiro que o potencial anticompetitivo se restringe unicamente à negociação de sinal digital de televisão aberta para operadora

³⁵⁷ Item 233 do voto.

³⁵⁸ Item 278 do voto.

³⁵⁹ Item 110 do voto.

SeAC³⁶⁰, essa delimitação é como se observa uma decorrência lógica do mercado relevante, e impacta de forma muito expressiva na análise do ato de concentração.

No caso, o Conselheiro Alexandre Cordeiro, valeu-se de estudo econométrico³⁶¹, apoiado em doutrina oriunda dos Estados Unidos da América, ao apontar que:

Acordos entre competidores que tendem a aumentar preços ou restringir a oferta é sempre ou quase sempre ilícito *per se*, a não ser que esteja razoavelmente relacionado ou seja necessário para alcançar benefícios por competitivos em virtude de um incremento de eficiência advindo para atividade econômica.

Com base em tais premissas, o Conselheiro que capitaneou o voto vencedor, aduziu ser possível compensar ou minimizar os problemas concorrenciais através da celebração de acordo em controle de concentrações, que permite o monitoramento da operação pelo CADE e, inclusive, sua revisão ao longo do tempo.

O chamado controle das estruturas objetiva, em maior medida, evitar o problema concorrencial pela via da conduta, ou seja, não é em si, a questão estrutural que enseja preocupação mas as decorrências dessa, o que, em regra é conduta. Calixto Salomão Filho justifica que:

Essa simbiose manifesta-se de formas diversas. De um lado, há a convicção de que o controle de comportamentos é o complemento necessário para o controle de estruturas. Se é verdade que o desenvolvimento da teoria microeconômica – sobretudo o Marginalismo e suas evoluções neoclássicas posteriores – demonstrou ser possível presumir que uma posição de excessiva concentração de poder tenderá a ser utilizada de forma abusiva, também é verdade que o controle das estruturas não é onipotente. Mais do que isso: a exagerada ênfase no controle estrutural pode ter consequências extremamente negativas, proibindo a formação de estruturas eficientes para o mercado e, em última análise, benéficas para o consumidor.

Assim, na ausência de um controle dos comportamentos eficaz, ou sendo ele mal-aplicado, duas alternativas, ambas inconvenientes, abrem-se para o controle estrutural: ou bem esse controle deve ser excessivamente rigoroso, punindo estruturas que não necessariamente são danosas à concorrência e limitando desnecessariamente a livre iniciativa empresarial; ou, então, mantidos os mesmos padrões de aplicação, corre o sério risco de ter uma utilidade prática bastante reduzida, exatamente porque lhe falta o complemento imprescindível.³⁶²

³⁶⁰ Item 160 do voto.

³⁶¹ Item 168 do voto.

³⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – As condutas**, p. 20.

Nessa vertente a atuação do CADE é tipicamente do poder de polícia contido na Constituição Federal, artigo 173, §4º,³⁶³ o Brasil adotou como técnica legislativa, um rol de condutas contidas no artigo 36 da Lei n. 12.529/2011, que são exemplificativas e exigem, ao menos de forma mais abrangente, que o comportamento restrinja de forma efetiva ou potencial o mercado. Isso significa que a autoridade concorrencial brasileira utiliza, predominantemente, a regra da razão, mantendo em poucos casos a regra *per se*.

No que atine à análise das condutas, uma das tipicidades do abuso da posição dominante ou, até mesmo, de ato tendente a essa posição, é a criação de mecanismos que possibilitem o chamado fechamento de mercado, tais como barreiras de entrada que, inclusive, encontram previsão legal na Lei n. 12.529/2011 – art. 36, §3º, inciso IV.

No processo administrativo n. 08700.009890/2014-43, o CADE definiu pela condenação de prática consistente em abuso de posição dominante praticada por cooperativas médicas, ao exigir a exclusividade no credenciamento por cooperativa, impondo dificuldades para contratação direta de médicos por outras operadoras de saúde.³⁶⁴

No processo n. 08700.004938/2014-27, a SG emitiu nota técnica³⁶⁵ recomendando a condenação por abuso de posição dominante, através da adoção de cláusula de raio em contratos de locação de espaços comerciais em *shopping centers*, eis que tal conduta caracteriza ato tendente ao fechamento do mercado.

A possibilidade de entrada de novos concorrentes é considerada um fator importante para impedir o exercício de poder de mercado,³⁶⁶ tendo-se estabelecido três ponderações: (i) entrada provável; (ii) tempestiva e (iii) suficiente, que consoante

³⁶³Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

...

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

³⁶⁴ Conselheiro relator Márcio de Oliveira Junior.

³⁶⁵ CADE. **Nota Técnica 6/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

³⁶⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, p. 74.

o guia para análise de concentrações econômicas horizontais – Portaria n. 50/2001 da SEAE/SDE³⁶⁷ são:

Entrada Provável. A SEAE e a SDE considerarão a entrada provável quando for economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. Os preços não poderão ser assegurados pelo possível entrante quando o incremento mínimo da oferta provocado pela empresa entrante for suficiente para causar uma redução dos preços do mercado. Em outras palavras, a entrada é provável quando as escalas mínimas viáveis são inferiores às oportunidades de venda no mercado a preços pré-concentração.

Entrada Tempestiva. A SEAE e a SDE considerarão, em geral, como prazo socialmente aceitável para entrada o período de 2 (dois) anos. Neste prazo, incluem-se todas as etapas necessárias à entrada no mercado, tais como, planejamento, desenho do produto, estudo de mercado, obtenção de licenças e permissões, construção e operação da planta, promoção e distribuição do produto.

Entrada suficiente. A entrada será considerada suficiente quando permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial.

A formação de cartel é uma infração *per se*, que tem como escopo a conduta coordenada horizontal, que almeja conjuntamente o abuso de posição dominante, um cartel clássico tem por objeto: (i) fixação de preços; (ii) fixação de ofertas; (iii) divisão de mercados e (iv) conluio em licitações.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues esclarecem que o CADE tem se posicionado no reconhecimento de duas espécies de cartel:

- (i) Clássicos, ou *hardcore*, revestidos de alguma forma de institucionalidade, i.e., com mecanismos de coordenação institucionalizada como reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc.), com objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir o nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos; e
- (ii) difusos, ou não permanentes, que embora se assemelhem aos cartéis clássicos no tocante aos objetivos do arranjo (i.e, fixação de preços, divisão de mercados etc.), possuem caráter eventual e não institucionalizado.³⁶⁸

³⁶⁷ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. **Portaria n. 50/2001**. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016, itens 46, 47 e 48.

³⁶⁸GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 208.

O CADE adotou o entendimento que cartéis *hardcore* ou cartéis clássicos podem ser caracterizados como infrações por objeto, i.e., a restrição da concorrência seria o objeto do acordo em si.³⁶⁹

O CADE reconheceu em caso que analisou a operação portuária no porto organizado de Porto Alegre/RS, que a conduta coordenada entre membros do órgão gestor de mão de obra, que instituiu por meio de assembleia “joia” para o ingresso de novos operadores, como ilegal.

Em síntese o voto do conselheiro-relator, Alexandre Cordeiro Macedo, apontou que a ilegalidade em si não é meramente a “joia”, mas que o valor fixado a tal título foi amplamente fixado com o propósito de tornar inviável o ingresso de novos operadores, fechando o mercado, mantendo o monopólio e agindo em forma de cartel.

A jurisprudência do CADE tem se firmado no sentido de exigir que a conduta coordenada apresente razoável grau de institucionalização, mecanismos de monitoramento e de coação³⁷⁰.

A prática de preços predatórios, ou de imposição de preços abaixo do custo, pode ser considerada prejudicial ao mercado e aos consumidores, eis que vicia os processos naturais de concorrência³⁷¹.

O raciocínio básico dessa prática é no sentido do agente econômico, com poder dominante, ou razoável participação no mercado relevante, prática preços abaixo do custo de forma a experimentar perdas no primeiro momento, e na sequência poder impor preço monopolístico. Ou seja, que as perdas incorridas com a prática possam ser recuperadas, sendo essa condição (recuperação de perdas) condição indispensável no sistema concorrencial brasileiro.

Contudo, para caracterizar como prática ilícita a conduta há de ser injustificada³⁷², isto porque, eventualmente a prática de preço abaixo do custo pode

³⁶⁹PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, p. 110

³⁷⁰ Nesse sentido: CADE. **Processos administrativos: 08012.002127/02-14; 08012.000099/2003-73; 08012.004241/2003-51 e 08012.008142/2011-59 Inquerito Administrativo 08012.008859/2009-86**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

³⁷¹ RIBEIRO, Elisa Silva de Assis. **O controle das condutas – infrações a concorrência**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito econômico: evolução e institutos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

estar vinculada a determinadas condições de mercado, como necessidade de venda imediata, ingresso em mercado, etc.

No plano legislativo, a previsão na Lei n. 12.529/2011 – art. 36, foi corroborada em plano infralegal, pela Resolução n. 20/99, da qual se colhe a definição que:

Prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

A portaria SEAE/MF n. 70/2002, que estabelece o guia de análise econômica da prática de preços predatórios, prevê como explica Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues:

Dessa forma, para diferenciar-se uma estratégia de predação de uma estratégia de competição com preços baixos em função de maior eficiência, é necessário demonstrar-se que:

- (a) a empresa infratora possui poder de mercado no mercado relevante em que se passa a prática;
- (b) a estratégia de preços praticada não é sustentável no longo prazo, sendo inferior a algum tipo de custo a ser definido;
- (c) tal estratégia tem por objetivo excluir uma empresa do mercado ou discipliná-la, tendo como efeito a redução do nível de competição do mercado (i.e., não havendo racionalidade econômica ou justificativas plausíveis – como descontos promocionais, estratégia de entrada/ingresso no mercado etc. – para a política de preços inferiores ao nível de custo;
- (d) a estratégia de preços deve ser lucrativa no longo prazo, ou seja, as perdas incorridas no curto e médio prazo devem ser recuperadas, no longo prazo, pelo preço supracompetitivo a ser praticado após a exclusão (ou disciplina) dos rivais do mercado; e
- (e) o resultado da prática implique a redução do bem-estar do consumidor³⁷³.

Observam-se no cenário brasileiro muitas investigações, onde a maioria resultou no posicionamento cético pelo CADE, reconhecendo a doutrina,³⁷⁴ ser muito difícil a conduta de forma isolada, mas asseverando que há possibilidade da prática configurar a previsão do artigo 36, §3º, inciso IV³⁷⁵ da Lei n. 12.529/2011.

Outra prática tipificada e que encontra rara aplicação no Brasil, é *açambarcamento* de matéria prima, tipificado no inciso XIII, do §3º do art. 36 da Lei

³⁷²FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 290.

³⁷³GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, p. 183.

³⁷⁴GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, p. 184.

³⁷⁵ IV - Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

n. 12.529/2011, sendo verificável tal prática quando não se encontre nenhuma racionalidade econômica que não seja prejudicar o acesso a competidores³⁷⁶.

Em determinadas condições o agente econômico pode se encontrar em posição que lhe permita o aumento do preço de matérias-primas ou insumos essenciais à atividade do concorrente, sem aumentar seus próprios custos. Sobre o tema, Paula Forgioni traz como exemplo:

Certo agente econômico é proprietário de um frigorífico e, ao mesmo tempo, da maioria das fazendas de gado da região. Entretanto, produz maior quantidade quilos de carne do que poderia processar em seu estabelecimento. Por essa razão, vende, para outros, a carne bovina proveniente de suas fazendas. Ocorre, entretanto, que o processamento da carne gera lucros bastante elevados, e a concorrência dos demais frigoríficos começa a ser desconfortável. Muito provavelmente, o frigorífico de nosso exemplo aumentaria o preço da carne a ser fornecida para seus concorrentes, elevando seus custos³⁷⁷.

Essa prática de preços opressivos (*price squeeze*), tem previsão no art. 36, §3º, inciso X³⁷⁸ da Lei n. 12.529/2011. Ademais, o aumento arbitrário de preços, bem como através de preços discriminatórios, são práticas lesivas ao mercado. Em regra, somente poderá haver preço diferente para determinado consumidor/comprador quando houver diferença de custo.

O CADE, ao julgar o caso Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgico e Material Elétrico de Ipatinga/MG x White Martins S.A., em dezembro de 2009, fez discussão no seguinte sentido:

Abuso de preço como sinônimo de preço excessivo pode ser classificado segundo economistas e a prática antitruste em duas categorias: (1) práticas exclusionárias e (2) práticas exploratórias. Na primeira categoria encontram-se tipicamente condutas, em estruturas de mercado verticalizadas, de preços excessivos, estabelecidos por firmas a montante, que levam ao aumento dos custos das empresas rivais a jusante ocasionando o fechamento completo (equivalente a recusa de vendas) ou parcial do mercado (*price-squeeze*) em favor da subsidiária jusante da empresa verticalizada. Nesses casos, autoridades antitruste possuem referência relativamente clara para determinar abusividade visto que é necessário caracterizar aumentos dos custos das empresas rivais a jusante. Na segunda categoria encontram-se práticas exploratórias, aquelas em que o objetivo da firma consiste em extrair diretamente o excedente do consumidor através de preços elevados. Nessa categoria incluem-se

³⁷⁶ Nesse sentido: Processo Administrativo CADE 08012.010724/1999-4 – Conselheiro relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27-06-2008.

³⁷⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 297.

³⁷⁸ X - Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.

apenas aquelas condutas em que o preço de forma isolada constitui a prática potencialmente anticompetitiva³⁷⁹³⁸⁰.

É certo, entretanto, que o CADE busca primordialmente afastar-se de medidas que envolvam controle direto de preços, restringindo sua análise, portanto, exatamente na abusividade da conduta, oriunda do poder dominante.

Paula Forgioni esclarece que a prática de preços opressivos é, sem dúvida, predatória, porém, baseada no preço do produto/custo, e bastante vantajosa se comparada ao preço predatório, pois:

(a) não é necessário que a empresa suporte guerra de preços no mercado; e
(b) os lucros da prática são auferidos quase que de imediato, não sendo necessário longo período para o retorno do investimento³⁸¹.

Referida prática pode, ademais, representar verdadeira barreira à entrada, impermeabilizando o mercado, quando o agente econômico é produtor do insumo e comercializa o produto processado.

A venda casada é prática vedada pela Lei³⁸², sendo definida naquelas hipóteses em que um sujeito subordina a venda de um bem à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço.

No caso, a análise quanto à prática revelar-se anticoncorrencial ou não, impõe muitas vezes a utilização do crivo da regra da razão, e que determinadas condições, ainda que aparentemente sejam casadas, são condições naturais. Ou seja, é exigível que não haja justificativas plausíveis, ou racionalidade econômica, que fundamente tal procedimento³⁸³, bem como pelo poder detido pela empresa que lida com o produto principal³⁸⁴.

Outra forma de abuso de posição dominante é a recusa de contratar. Caio Mário da Silva Pereira Neto explica que:

O detentor de um ativo do qual outras empresas dependam para desenvolver suas respectivas atividades econômicas pode ser obrigado a

³⁷⁹ CADE. **Processo 08012.000295/1998-92**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

³⁸⁰ Nesse mesmo sentido os processos administrativos CADE 08012.006717/2000-46; 08012.007692/1999-11; 08012.001952/2008-89.

³⁸¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**, p. 297.

³⁸² Lei 12.529/2011, artigo 36, §3º, XVIII - 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.

³⁸³ GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, p. 187.

³⁸⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Direito concorrencial e restrições verticais**, p. 247.

fornecer a essas empresas o acesso a esse mesmo ativo caso se recuse voluntariamente a fazê-lo. Todavia, não é qualquer tipo de ativo que pode ser classificado como uma *essential facility*. Geralmente o ativo tem características típicas de monopólio natural: economias de escala significativas e duplicação antieconômica. Ademais, para que haja obrigação de oferta de acesso com base nas regras concorrenciais, pelo menos quatro condições devem estar presentes: (i) o controle da instalação essencial por um monopolista; (ii) a impossibilidade objetiva de o concorrente duplicar economicamente tal instalação; (iii) a efetiva recusa de acesso praticada pelo monopolista; e (iv) a existências de condições técnicas e econômicas para o fornecimento de acesso a concorrentes (como capacidade excedente, por exemplo)³⁸⁵.

Aparentemente, a regra concorrencial estaria limitando ou excepcionando uma liberdade econômica fundamental (de cunho constitucional), ocorre que há outro princípio constitucional, de igual valor, que é a livre concorrência.

No caso, o CADE, vem exigindo uma maior comprovação de que a conduta de não contratar não guarda racionalidade, do que a verificação do dano, sendo que:

Admite a recusa de venda desde que não configurada a tentativa de dominação de mercado ou eliminação da concorrência, haja visto que se faz necessário considerar razoabilidade da conduta do agente econômico do ponto de vista de sua estratégia comercial³⁸⁶.

Outra figura que encontra respaldo no cenário brasileiro é a chamada *sham litigation* ou abuso do direito de petição, que pode ser empregado como forma de manter ou alcançar posição dominante, o que revela um abuso. A preocupação da autoridade antitruste tem fundamento nos prejuízos decorrentes dos custos de defesa ao litigado, assim como a criação de barreiras à entrada, ou de impedimentos que resultam no atraso à entrada, todos criados artificialmente.

A primeira oportunidade que o CADE estabeleceu critérios para análise do *sham litigation* foi na averiguação preliminar n. 08012.006076/2003-72.³⁸⁷ Referido processo foi arquivado, porém, o voto-vista do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva trouxe os seguintes requisitos para que determinada conduta fosse considerada abusiva: (i) a plausibilidade do direito invocado, (ii) a veracidade das informações, (iii) a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a (iv) probabilidade de sucesso na postulação.

³⁸⁵PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, p. 164.

³⁸⁶ CADE. **Averiguação Preliminar 08012.006899/2003-06 – Conselheiro relator Carlos Ragazzo**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

³⁸⁷ Caso baterias Moura.

O CADE também discutiu a questão no processo n. 08012.004484/2005-51, em que o conselheiro Cesar Mattos fez a distinção entre litigância de má-fé e a *sham litigation*, ressaltando que a última independeria de dolo, nos termos da definição de abuso de direito do art. 187 do Código Civil:

Na delimitação de *sham litigation*, feita acima, demonstramos fartamente que sua incidência não tem condição necessária a configuração de litigância de má-fé, bastando, como condição, a configuração do abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC. Além disso, na definição de abuso de direito, feito acima explicamos sua incidência se configura quando o exercício de determinado direito excede sua finalidade econômica ou social, a boa-fé, ou os bons costumes, nos termos do art. 187 do CC. Acrescentamos, ainda, que a sua verificação independe de dolo ou culpa, ou seja, não é necessário que haja dolo (má-fé se inclui no conceito de dolo) para a caracterização do abuso de direito.

Em julgamento no ano de 2015, o CADE fortaleceu os entendimentos anteriores colhendo os seguintes entendimentos:

Sham litigation consiste, em linhas gerais, no abuso de direito de petição com finalidade anticompetitiva. Segundo Christopher Klein, haverá *sham litigation* quando forem ajuizadas ações com o intuito de obter benefícios anticoncorrenciais em razão da mera propositura das demandas, hipótese em que o interesse na obtenção de decisão favorável à pretensão do autor assume menor relevância.

A possibilidade de causar efeitos lesivos à concorrência a partir de demandas levadas ao Poder Público não se resume ao Poder Judiciário, mas também alcança as instâncias decisórias administrativas, frente às quais é possível, também, apresentar ações fraudulentas.

Mesmo não havendo intenção de causar danos à concorrência, é possível se cogitar da ilicitude em razão da ausência de boa-fé nas condutas processuais da parte, notadamente na desatenção aos deveres de diligência e de lealdade processual. Vale lembrar que as infrações da ordem econômica não dependem sequer de culpa subjetiva (art. 20 da lei nº 8.884/94 e, na Lei nº 12.529/11, Art. 36), de maneira que a falta de cuidado com os deveres de boa-fé processual observada nas condutas de abuso de direito de petição, sobretudo no que toca à propriedade intelectual, podem configurar um ilícito concorrencial.

Sob essa perspectiva, o *sham litigation* está relacionado à ideia de que a fruição de direitos não é ilimitada, de maneira que a proteção constitucional do direito de ação não impede a constatação de abuso nem a configuração do ilícito antitruste. O instituto, construído pela jurisprudência norte-americana como exceção à doutrina Noerr-Pennington (por meio da qual é garantido o direito de petição), pode ser traduzido para o vocabulário do ordenamento jurídico brasileiro na forma do 'abuso de direito'.

Em razão da proteção constitucional ao direito de ação, os casos de *sham litigation* são de difícil verificação pelos mecanismos de defesa da concorrência. Com efeito, a linha que separa ações legítimas de demandas movidas com o objetivo de lesão à concorrência pode ser tênue.

O esforço de se estabelecer critérios para a definição do *sham litigation*, constante na jurisprudência deste Tribunal, é inspirado, sobretudo, no caso *Professional Real Estate (PRE) Investors v. Columbia Pictures*

Industries, no qual a Suprema Corte norte-americana concluiu que o *sham litigation* deve ser caracterizado por uma definição bipartida, afastando a ideia de que pode se configurar tão somente por um critério subjetivo. O raciocínio adotado pela Suprema Corte consistiu no estabelecimento de dois requisitos para a configuração da conduta: um objetivo (o descabimento do processo) e um subjetivo (a intenção da parte autora de agir estrategicamente sobre a concorrência).

Outro tratamento, igualmente encontrado na jurisprudência norte-americana, diz respeito ao uso indiscriminado de remédios governamentais de modo desarrazoado, caso em que o comportamento anticompetitivo não reside na ausência de fundamentos de uma única ação, mas na reiteração do uso de processos administrativos ou judiciais para atingir um concorrente.

É o que se verifica no litígio *USS POSCO Industries v. Construction Trades Council*, julgado pela Suprema Corte Americana e frequentemente citado nos precedentes do CADE. No referido caso, os magistrados se depararam com um caso de litigância em série no qual um número considerável de demandas foi julgado procedente. A Corte concluiu, então, que a existência de decisões favoráveis não impediria a configuração do ilícito, pois o resultado anticompetitivo advém da ação orquestrada de medidas judiciais, propostas de forma reiterada e sistemática, com o objetivo de elevar indevidamente os custos dos rivais.

Tais precedentes foram de grande importância para a fixação dos parâmetros do CADE a respeito da conduta investigada, como se pode observar, inclusive, nos pareceres da SG, do MPF e da ProCADE.

A instrumentalização do direito de ação para a produção de efeitos anticoncorrenciais é, portanto, matéria com a qual deve se preocupar o direito da concorrência. O exercício do direito de ação é legítimo quando o autor pretende buscar os meios adequados para a obtenção da prestação jurisdicional que garanta seu direito na melhor forma possível, mas pode configurar um ilícito quando utilizado para dissimular estratégia anticompetitiva, tendente à eliminação da concorrência.

Quando se fala em estratégia, não se pode supor a perfeita racionalidade dos agentes econômicos, como asseverava a teoria econômica neoclássica. A racionalidade das condutas levadas a cabo em uma série de comportamentos encadeados é necessária e fisicamente limitada pelo ambiente de incertezas e eventos que influenciam nas transações e não podem ser previstos. A racionalidade presente na estratégia de que tratamos consiste, assim, em encontrar e seguir um conjunto lógico de regras e procedimentos para lidar com as tarefas da vida diária, o que deve ser suficientemente flexível para que o indivíduo adapte seus comportamentos às mudanças do cotidiano.

Importante notar que a configuração de *sham litigation*, como aduziu a Superintendência Geral, dispensa a avaliação do market share da representada. No Direito Concorrencial brasileiro, compreende-se que a existência de um propósito ou estratégia racional ou plausível para atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa.

Assim, a capacidade econômica ou posição dominante do agente que incorre em abuso do direito de petição não é um instrumento determinante quando se investiga esse tipo de conduta, uma vez que o impacto sobre o mercado será condicionado pela eficiência da estratégia adotada. Como ressaltou a ProCADE, o simples êxito de um ato de litigância fraudulenta

tem o condão de gerar impactos instantâneos de concentração econômica no mercado, independentemente da participação de mercado do infrator³⁸⁸.

Referida conduta apresenta inegável avanço no pensamento no Direito Concorrencial brasileiro e, embora, não tenha exigido no *leading case* acima a existência de poder de mercado (*market share*), é notório que a prática ou é oriunda de abuso de posição dominante, ou visa alçar tal posição.

O rol de condutas de abuso de posição dominante no cenário brasileiro pode assumir os mais diversos contornos e, primordialmente, a autoridade antitruste tem exigido uma avaliação cuidadosa dos seus efeitos sobre a concorrência.

3.6 Acordo de compromisso e leniência

Observa-se que o CADE tem adotado cinco etapas de análise econômica de atos de concentração: (i) definição de mercado relevante; (ii) se há parcela substancial de mercado; (iii) se o exercício de poder de mercado é provável; (iv) análise das eficiências e (v) custos do exercício de poder de mercado são ou não maiores que as eficiências geradas.

Caio Mario da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande apontam que essas etapas estão voltadas à avaliação dos efeitos líquidos da concentração:

Uma vez estimadas as eficiências decorrentes da operação, passa-se a compará-las com os ônus decorrentes da probabilidade de exercício de poder de mercado. Essa etapa de análise pretende avaliar qual a resultante de dois vetores opostos dos efeitos da operação: (i) a pressão para aumento de preços e redução de bem-estar econômico decorrente do provável exercício de poder de mercado das partes; (ii) a pressão para redução de custos decorrente dos ganhos de eficiência específicos da operação, a qual pode ou não se refletir em redução de preços e aumento de bem-estar agregado e bem-estar do consumidor.

Para que uma operação na qual se considere provável o exercício de poder de mercado seja aprovada com base nas eficiências que gera, é necessário que o efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico (i.e., o vetor resultante das duas forças opostas indicadas no parágrafo anterior) seja não negativo (i.e., efeito neutro ou positivo) e que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados³⁸⁹.

³⁸⁸ CADE. **Processo Administrativo CADE 08012.011508/2007-91 – Conselheira Relatora Ana Frazão**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2016, itens 178 a 190.

³⁸⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81.

Referido pensamento é o cumprimento no disposto do art. 88, §6º da Lei n. 12.529/2011³⁹⁰, o que torna possível a aprovação sem restrições, ou a rejeição ou a aprovação com restrições.

Essa aprovação com restrições é nominada de Acordo em Controle de Concentração. É patente que o ACC almeja o balanceamento ou *tradeoff*³⁹¹ com eventuais intercorrências negativas resultantes ou que possam decorrer do ato de concentração em face do poder de mercado.

Importa destacar que o processo perante o CADE da análise de ato de concentração permite a participação de terceiros interessados, aliás, o ato é primordialmente público, justamente, para que os concorrentes, entidades de classe e outros possam opinar e privilegiar o diálogo e a harmonia social.

O CADE realizou seu primeiro³⁹² Acordo em Ato de Concentração em operações que suscitaram preocupações concorrenciais, em 2013, quando da análise do AC n. 08700.001824/2013-44, que analisou a aquisição da *Mach* pela *Syniverse*³⁹³.

Durante a vigência da Lei n. 8.884/94 e inspirada na Lei da Ação Civil Pública, que prevê o termo de ajustamento de conduta, havia as figuras do Termo de Compromisso de Desempenho – TCD e do Termo de Compromisso de Cessão de Prática - TCCP. A Lei n. 12.529/2011 manteve a possibilidade de Compromisso de Cessão de Prática, no artigo 85, cuja sigla a doutrina estabeleceu como TCC.

O TCC pode ser realizado em qualquer momento do procedimento administrativo do CADE, sempre em caráter discricionário, desde que observadas a conveniência e oportunidade do CADE.

³⁹⁰ § 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.

³⁹¹ WILLIAMSON, Oliver E. **Economics as na antitruste defense: the welfare tradeoffs**. The American Economic Review 58/18-36. Pittsburgh, 1968 .

³⁹² Sob a égide da Lei 12.529/2011.

³⁹³ GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166.

A assinatura de um TCC pode eliminar problemas concorrenciais de uma forma não tão danosa para as empresas e, além disso, limitar a possibilidade de discussão do caso no Judiciário³⁹⁴.

Tanto o ACC quanto o TCC, são considerados como remédios pela doutrina especializada mundial. Cristiane Landerdahl Albuquerque enfatiza que esses remédios podem ser estruturais e comportamentais:

Remédios estruturais pretendem restaurar a estrutura do mercado anterior à fusão, enquanto remédios comportamentais buscam controlar os resultados dos mercados por meio de comportamento das firmas envolvidas na fusão. Medidas estruturais geralmente estão associadas à alienação de ativos. Já as medidas comportamentais podem ser controle de preços, quantidades e condições de comercialização com concorrentes, fornecedores ou consumidores³⁹⁵.

O CADE, em voto da Conselheira Neide Teresinha Malard, a respeito do tema já se manifestou quanto à celebração de “acordo”:

Essa nova abordagem constitucional veio privilegiar em vez da repressão, a ação do Estado em busca de resultados vantajosos para o mercado, este entendimento em seu sentido jurídico econômico, qual seja, o conjunto das relações que se desenvolvem em função da demanda e da oferta de bens e serviços, segundo uma ordem pública econômica, que almeja o bem-estar social³⁹⁶.

A natureza jurídica desses termos ou acordos é claramente de uma espécie de transação, não nos moldes tradicionais do Direito Civil (arts. 840 e ss. do CC), mas uma transação especial, em razão da indisponibilidade característica dos direito plurissubjetivos³⁹⁷.

É importante considerar que esses acordos classicamente necessitam de incentivos para a realização, no caso do ato de concentração. Como a Lei n. 12.529/2011 estabeleceu a análise prévia, o que retarda a realização do ato, as partes claramente têm intenção de resolver celeremente o procedimento

³⁹⁴ ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahl de. **Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil: uma comparação com a experiência estrangeira**. In: *Ideias em competição – 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014*. São Paulo:IBRAC/TIM/Ed. Singular, 2015, p. 241.

³⁹⁵ ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahl de. **Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil: uma comparação com a experiência estrangeira**, p. 241.

³⁹⁶ CADE. **Processo Administrativo 0800.012720/94-74**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

³⁹⁷ FURLAN, Fernando de Magalhães. **Negociações de acordo como garantia da função promocional do direito e do princípio constitucional da livre concorrência**. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326.

administrativo, por isso, tendem a colaborar com a instrução com o fim de abreviar o tempo de espera para a consumação da operação³⁹⁸, evitando a judicialização.

A Lei n. 12.529/2011, em seus arts. 86 e 87, institui o programa de leniência, no caso de colaboração na detecção, investigação e coibição de práticas ou condutas anticompetitivas com potencial lesivo à concorrência e bem-estar social.

Paulo Furquim de Azevedo, como conselheiro do CADE, votou da seguinte forma:

O programa de Leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de 'obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis', mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para detecção de cartéis e o próprio TCC que, como visto, é parte do programa de combate a cartéis³⁹⁹.

A leniência estabelece a chamada sanção premial, sendo uma modernização jurídica, eis que um dos problemas atuais do Direito Constitucional decorre do fato de realizar os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de direito de ontem.⁴⁰⁰ Carlos Ayres Britto, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, assim discorreu sobre a sanção premial:

Reexaminando o tema, agora sob o prevalecente ângulo da sanção dita premial, com mais razão persisto no meu entendimento. Explico: sanção é palavra gênero, por abarcar tanto uma consequência favorável quanto um efeito desfavorável pelo cumprimento, ou, então, pelo descumprimento de uma norma. E é precisamente no primeiro sentido que se insere a sanção premial, por significar um benefício pela obediência a determinada regra do Direito. Cuida-se de uma distinção que parte de um claro pressuposto: o gênero humano costuma ser mais sensível a promessas de recompensa do que a ameaças de castigo. Por isso que o Direito às vezes prefere operar pela técnica do estímulo ao comportamento socialmente desejável, abrindo ao seu destinatário a possibilidade de obtenção de uma dada recompensa.

...

Convém repetir. Pela sanção premial, sanção da espécie positiva, o Direito promete uma recompensa, um benefício, uma vantagem, um ganho, uma mercê, enfim, na hipótese do cumprimento de uma dada norma⁴⁰¹.

³⁹⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Remédios no âmbito de acordos em controle de concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da lei 12.529/2011**. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 233.

³⁹⁹ CADE. **Requerimento 08700.004992/2007-43**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

⁴⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 Ed – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 372.

⁴⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto-vista HC 86.259-4**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

O contexto da leniência foi ainda mais valorizado através da Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção – sendo certo que há intrínseca relação entre o antitruste e anticorrupção, pela conexão por meio dos cartéis em licitação⁴⁰². Vinicius Marques de Carvalho detalha que:

Normativamente, antitruste e anticorrupção se relacionam na medida em que ambas as políticas buscam garantir a isonomia. Nos dois casos, o que se pretende é que nenhuma pessoa, física ou jurídica, possa auferir vantagens que não decorram do curso normal de suas atividades, manipulando o mercado para conseguir melhores condições que os demais. A diferença é quanto ao enfoque específico, já que o antitruste está preocupado com o abuso de poder econômico, portanto diretamente com a higidez no mercado, enquanto as políticas anticorrupção estão voltadas primordialmente à proteção da Administração Pública – em última instância, do próprio processo democrático, como pode se depreender do art. 37 caput da Constituição Federal – e, de forma indireta, ao poder econômico⁴⁰³.

No sentir do legislador, houve um notório incentivo à cooperação procedimental e a harmonização das previsões contidas na Lei n. 12.529/2011 e n. 12.846/2013, isso porque a Lei Anticorrupção previu no artigo 29 expressamente que não foi excluída a competência do CADE.

O programa de leniência brasileiro prevê inobstante a possibilidade de extinção da ação punitiva perante o CADE, ou a sua redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, a possibilidade de extinção da punibilidade dos crimes, na forma do art. 87.

Referida previsão é controversa na doutrina, quanto à possibilidade da administração conceder anistia penal, quando o titular da ação penal é o Ministério Público. Por tais razões, o CADE vem chamando o Ministério Público para comparecer na celebração de leniências.

Até o momento o CADE conta com quatro decisões finais em processos com acordo de leniência: (i) cartel dos vigilantes (processo administrativo n. 08012.001826/2003-10); (ii) cartel de peróxidos (processo administrativo n. 08012.004702/2004-77); (iii) cartel de carga aérea (processo administrativo n.

⁴⁰² CARVALHO, Vinicius Marques. **A defesa da concorrência e combate à corrupção**. In: COUTINHO, Diogo R. **Direito econômico atual**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 146.

⁴⁰³ CARVALHO, Vinicius Marques. **A defesa da concorrência e combate à corrupção**, p. 150.

08012.011027/2006-02) e (iv) cartel de mangueiras marítimas (processo 08012.010932/2007-18)⁴⁰⁴.

Os efeitos do acordo de leniência estendem-se às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e funcionários envolvidos na infração, desde que firmem em conjunto o acordo.

3.7 Poder sancionatório

Como a infração da ordem econômica é um ilícito de natureza administrativa, as sanções aplicadas pelo exercício de poder de polícia pelo CADE caracterizam-se, precipuamente, pelo cunho pecuniário e restritivo de direitos⁴⁰⁵.

A previsão sancionatória encontra-se no art. 37 da Lei n. 12.529/2011, com multas que podem variar de 0,15 (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, e nunca deve ser inferior à vantagem auferida quando for possível sua estimação.

Além disso, as pessoas físicas, jurídicas de direito público ou privado, associações ou entidades de pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente e, não obstante, deter ou não personalidade jurídica, não sendo possível observar o critério de faturamento, a multa será de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Sanciona o CADE também o administrador que foi direta ou indiretamente responsável pela infração, no patamar compreendido entre 1% (um por cento) a 20% [(inte por cento) daquele valor aplicado à empresa.

A lei oportuniza, ainda, ao CADE que aplique outras sanções administrativas, de caráter acessório, que se encontram previstas no art. 38, tais como publicação de extrato da decisão condenatória, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, participar de licitações, realização de obras e

⁴⁰⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127.

⁴⁰⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**, p. 302.

serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública, bem como em entidades da administração indireta.

Pode, ainda, aplicar outras penalidades, inclusive proibição de exercer o comércio, a vedação de concessão de parcelamento de tributos, o cancelamento de incentivos fiscais, e qualquer outro ato ou providência necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Tudo por no mínimo cinco anos. A reincidência permite que as penas sejam aplicadas em dobro, sendo possível ainda a aplicação de multa diária nos casos que configurem infração da ordem econômica, após a decisão do Tribunal determinando a sua cessação.

A dosimetria da pena é estabelecida pelo art. 45 da Lei n. 12.529/2011, notadamente: (i) gravidade da infração; (ii) boa-fé do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a consumação ou não da infração; (v) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; (vi) efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (vii) situação econômica do infrator, e (viii) a reincidência. Essa dosimetria, deve, ainda, resguardar os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe resgatar que o problema que justificou a pesquisa é a inefetividade do combate ao abuso da posição dominante no Brasil. Por tal motivo, o objetivo da presente dissertação é contribuir para aperfeiçoar a defesa da concorrência por meio da efetividade do combate ao abuso da posição dominante no Brasil.

Assim, a hipótese da pesquisa é que a análise comparativa dos elementos determinantes do abuso de posição dominante na União Europeia e no Brasil contribui para aumentar a efetividade dos princípios da defesa da concorrência, por meio da repressão ao abuso da posição dominante no Brasil.

Nesse cenário, foram escolhidos os seguintes elementos determinantes desse relevante instituto jurídico, quais sejam: (i) marco regulatório, (ii) autoridade antitruste, (iii) sistema de defesa da concorrência, (iv) processo administrativo de defesa da concorrência, (v) conceito doutrinário e jurisprudencial do abuso de posição dominante, (vi) acordo de compromisso e leniência e (vii) poder sancionatório.

A dissertação está dividida em três capítulos. O Capítulo 1 tratou inicialmente da revisão da literatura. Assim, foram abordadas a importância do instituto, aspectos históricos, escolas de pensamento que são a base do instituto jurídico concorrencial no mundo: Chicago e Harvard, o pensamento da Nova Escola Institucionalista.

Tratou-se, ainda, de evidenciar que o mercado é uma instituição jurídica e social complexa, afastando a ideia simplista de mercado como espaço de trocas, e por ser uma instituição jurídica (complexa) impõe a interação com outras ciências.

Argumentou-se, ainda no bojo do Capítulo 1, que há um confronto entre desenvolvimento econômico e meio ambiente, sendo que a destruição ao meio ambiente precisa ser obstada e de igual forma a desigualdade precisa ser combatida, o que permite o caminhar por um desenvolvimento econômico sustentável.

Assim, a defesa da concorrência atua pontualmente em proporcionar um mercado justo e equilibrado, o que tem o condão de auxiliar no crescimento econômico e na redução das desigualdades.

No Capítulo 2 foram abordados os sete elementos determinantes do abuso da posição dominante na União Europeia acima mencionados, escolhidos com base na relevância e semelhança com aqueles do modelo brasileiro. Por sua vez, o Capítulo 3 tratou pormenorizadamente dos elementos determinantes do abuso de posição dominante no Brasil.

Com base nos elementos determinantes a análise comparativa resulta em:

1. Marco regulatório

Consta-se que o marco institucional e regulatório do Direito Concorrencial deita suas raízes no Brasil em períodos de enfoque nacionalistas, com pequena ou inexpressiva discussão e, até mesmo, compreensão dos institutos concorrenciais pelo poder legislativo, o que conduz à grande “importação” de legislação e argumentação. Majoritariamente, reprisou-se o contido nos Estados Unidos.

Já a União Europeia, foi fruto do amadurecimento da sociedade que objetivava uma maior interação e crescimento econômico, aliado a proximidade de territórios, o que tornava interessante a redução da desigualdade como forma de tornar todo o bloco em nível igualitário.

Esse pensamento transformou o Direito Concorrencial na União Europeia como verdadeiro instrumento para aperfeiçoar o desenvolvimento do mercado (como instituição jurídica], por isso, apresenta na UE verdadeiras dimensões o pensamento e atuação do Direito Concorrencial.

No Brasil ainda se tem o Direito Concorrencial como uma ilha, tanto em aplicação, quanto em desenvolvimento doutrinário. Experiência da União Europeia, revela-se mais disseminada o que contribuiu para o avanço das dimensões, apresentando, inclusive, a perspectiva de sustentabilidade.

Observa-se que o pensamento europeu, embora também aplique métodos de econometria, o que é necessário na seara concorrencial, não se limita a

essas conclusões. Verifica-se, portanto, um conjunto de espaços (valores) mais amplo como boa-fé, questões éticas e preocupações ambientais entre outras.

Esse pensamento europeu não pode passar sem registro, rende acentuadas críticas inclusive pela doutrina brasileira, no sentido de que essa amplitude (oriunda muito mais da Escola de *Harvard*) permite a tutela dos concorrentes e dos consumidores e não a tutela da concorrência em si.

De fato, na União Europeia, volta-se mais à preocupação com os consumidores e com os demais concorrentes, ou seja, enquanto que no Brasil, a preocupação é muito mais em termos de eficiência sob o argumento de proteger-se a concorrência que, via indireta, implicaria em ganhos para o consumidor.

2. Autoridade antitruste

Não se observa contraste na formação do elemento determinante autoridade antitruste entre o Brasil e União Europeia.

Não se pode deixar de registrar que o CADE tem aplicado esforços para melhorar a defesa da concorrência. Desse modo, recebeu diversos prêmios nos últimos anos, e tem empregado, sobretudo, uma ampliação da advocacia da concorrência, fomento à pesquisa, celebração de acordos e convênios de cooperação técnica, além da colaboração com autoridades antitruste de outros países.

3. Sistemas de defesa da concorrência

Os sistemas de defesa da concorrência, tanto no Brasil quanto na União Europeia, são similares, em termos de estrutura, entretanto, há na União Europeia, um cenário de certa forma complexo, eis que também há agências nacionais de defesa da concorrência, nos Estados-membros da comunidade, e inclusive como na Espanha agências locais, i.e. municipais, estaduais ou regionais.

No caso da Espanha a agência nacional é a CNMC, a qual tem colhido interesse da doutrina internacional, uma vez que concentrou a defesa da concorrência e a regulação de determinados setores em um único órgão administrativo, evidentemente com separações especializadas internamente.

Essa integração aos nossos olhos, realmente, é proveitosa, tendo-se em vista que, especialmente, no caso brasileiro, há uma lacuna entre a regulação e a defesa da concorrência. Embora exista previsão de que o CADE possa ser consultado ou possa intervir nas normativas das agências reguladoras, a prática demonstra a sua inocorrência, enquanto que na União Europeia, o Direito Concorrencial tem absoluta possibilidade de controlar os atos administrativos, conforme verificado na jurisprudência.

4. Processo administrativo de defesa da concorrência

Verificou-se que, embora os sistemas de processos administrativos apresentem similaridades procedimentais, há diferenças significativas de trâmite na União Europeia, cujo prazo é menor que no Brasil. No caso, há poucos processos perante a Comissão de investigação de infração concorrencial superior a cinco anos, enquanto que o CADE tem um acervo de 17% [dezessete por cento] de processos com mais de cinco anos.

Evidente que a aplicação morosa de uma sanção implica em sensação de impunidade, o que eleva sob o ponto de vista do direito e economia, a possibilidade de mais agentes cometerem infração similar.

5. Conceito doutrinário e jurisprudência do abuso de posição dominante

Em termos conceituais de abuso de posição dominante, as bases pensantes do Brasil e da União Europeia não destoam com amplitude, porque em ambas a definição de abuso é coincidente, assim como conceitualmente posição de domínio também.

No caso europeu as preocupações atuais voltam-se mais aos aspectos de conduta, enquanto que o cenário brasileiro está muito mais focado nas questões estruturais, como os atos de concentração. Essa diferença de enfoque precisa ser compreendida, ou melhor, ponderada, porque no caso do Brasil, ainda há um mercado que está em desenvolvimento.

As chamadas válvulas de escape, que são os instrumentos destinados a evitar que a tutela da concorrência desempenhe função oposta àquela desejada, isto

é, criando entraves e obstáculos ao desenvolvimento econômico ou, ainda, à distribuição de bens e serviços, sendo que é comum entre as jurisdições comparadas a regra da razão.

No caso Europeu, são presentes as chamadas isenções, contudo, aplicam-se somente nos casos estruturais, ou seja, do artigo 101 do TFUE. No Brasil, as isenções são presentes e decorrem inclusive do texto constitucional especialmente pelo artigo 170 e 173.

Outra válvula de escape é o chamado mercado relevante. Essa figura é presente em ambas as jurisdições e, no caso brasileiro, tem várias passagens na Lei n. 12.529/2011. A União Europeia tem uma cautela analítica maior nesse ponto, o que faz esse instituto mais eficaz.

A construção da defesa da concorrência no Brasil, inclusive, pela formação majoritariamente de que a “lei tudo resolve” permite um grau razoável, notadamente, além do desejável de insegurança jurídica.

Já na União Europeia, corre em sentido contrário. Isso se dá pela própria condição de juridicidade, uma vez que os conceitos, definições e aperfeiçoamento dos institutos vêm sendo fruto de grande produção jurisprudencial. A qual tem efetivamente sido aplicada como precedentes.

De outra banda, a União Europeia, enfrenta um problema que decorre da previsão exclusiva de punição do abuso de posição dominante. Há casos onde se verifica conduta de concorrência desleal, todavia, embora o agente tenha força no mercado, não atinge a condição de dominar o mercado.

Essa deficiência que, no Brasil, não se pode afirmar existir, uma vez que há a previsão de falseamento do mercado, tem sido corrigida pelas agências nacionais dos Estados Membros, entretanto, não são todos os países que têm essa figura legislativa. A Espanha tem a previsão e a vem empregando. A doutrina, nomina algumas condutas, nesse sentido, como abuso de poder econômico.

Verifica-se a pretensão da União Europeia de coibir as práticas de abuso no Direito Concorrencial, entretanto, não é possível aferir ou sequer supor a probabilidade disso ocorrer ou não, tendo-se em vista que demanda alteração

legislativa a qual como se sabe é complexa. Muito embora seja possível observar acenos de que a mudança poderá ocorrer via jurisprudência.

Essas práticas de abuso são novas formas do agente econômico abusar da sua posição/poder e falsear a concorrência, inclusive, de atingir por meio de fraude a posição dominante. As preocupações europeias encontram-se avançadas e, por vezes, são referidas como PCD – práticas comerciais desleais. No rol das preocupações encontram-se a conduta de agente econômico, que não se encontra em conformidade com determinada exigência legal.

Tome-se, por exemplo, uma empresa que resolve produzir produtos industriais sem aplicar corretamente os meios de inibir ou reduzir a poluição ambiental, ou os aplica mediante fraude.

Oriundo do pensamento da Nova Escola Institucionalista, para o agente econômico produzir o produto aplicando a inibição/redução dos danos ao meio ambiente haverá custos. Estes são nominados de custos de transação, compostos não apenas por custos diretos, mas, inclusive por aquele de pesquisas, de orientações, de licenças, honorários profissionais e projetos. Não ter esses custos, implica em um ganho maior e uma natureza capacidade de concorrer mais no mercado.

Tal prática impactará de forma negativa nos concorrentes, e até na própria sociedade (pensamento da Escola de *Harvard*) com a coibição de práticas como essa, que ainda se encontram, nas fases, da infância junto à União Europeia e embrionária no Brasil.

6. Acordo de compromisso e leniência

Os acordos e compromissos são mais tolerados no Brasil do que na União Europeia, e decorre, inclusive, pela formação mais sólida da defesa da concorrência europeia. Em termos gerais, a estrutura de negociação é a mesma, e a forma de concretização também.

No caso brasileiro a preferência é pelos remédios [acordos] estruturais até porque é o maior enfoque de atuação do CADE em atos de concentração.

A União Europeia aponta que essa modalidade resulta em insegurança pois as avaliações quanto ao impacto na produção do agente nem sempre têm segurança, o que pode resultar em perdas. Já, nos remédios comportamentais, a utilização é maior e objetivamente em procedimentos iniciais.

Verifica-se, inclusive, que na investigação da Comissão Europeia contra o *Google*, essa empresa, já propôs alguns acordos, que não foram aceitos por entender a Comissão que os valores envolvidos ficavam aquém e, principalmente, porque não se tinha segurança quanto à correção da concorrência.

Outro elemento, a leniência, é figura crescente de utilização em ambas jurisdições analisadas e comparadas, sendo que o Brasil ainda está em fase quase embrionária, se comparado à maturidade europeia. Destaca-se do modelo não propriamente de leniência, mas que colabora com esse instituto, a existência na Espanha da *Fiscalía Anticorrupción*, que detém uma competência ampla para procedimentos que coíbam práticas ilícitas, e vem apresentando bons resultados, tanto em caráter sancionatório, quanto investigativo e preventivo.

7. Poder sancionatório

O poder sancionatório das autoridades antitruste analisadas é efetivo e presente. No caso da União Europeia, as multas aplicadas são de elevado valor. No caso do Brasil, os valores vêm sendo aplicados em valores menores do que os da União Europeia, que possuem patamares crescentes.

Por previsão legal, o Brasil prevê sanção de 0,1% a 20% do faturamento no exercício anterior, enquanto que a União Europeia prevê até 30% do volume total de negócios no exercício anterior. Tecnicamente não se pode deixar de registrar que faturamento é decorrente de venda ou prestação de serviços. Já o volume total de negócios é mais amplo e contempla outras receitas.

Ainda, no caso europeu é previsto que a pena será multiplicada pelo número de anos que ocorreu a prática. No caso brasileiro não há essa previsão o que pode resultar em discussão judicial, e consequente insegurança.

Nos informativos do CADE, o percentual de cumprimento das sanções impostas no período de 1994 a 2004 era de 18% (dezoito por cento) e no período

compreendido entre 2002 e 2004 apenas 3,78% (três vírgula setenta e oito por cento)] foram pagas.

A autoridade da defesa concorrencial brasileira atribui que o pequeno grau de efetividade sancionatória se dava em razão de conflito judicial. Como o CADE modificou a postura e vem investindo na advocacia da concorrência, no período de 2005 a 2012 conseguiu que fossem recolhidos R\$ 250 milhões em multas.

Entretanto a União Europeia no período 2005-2009 recebeu € 7.928.868.156,50 (sete bilhões, novecentos e vinte e oito milhões, oitocentos e sessenta e oito mil, cento e cinquenta e seis euros e cinquenta centavos). Por sua vez, no período de 2010-2014 foram quase oito bilhões e setecentos milhões de euros.

Não obstante, também se verificou que as decisões da Comissão Europeia apresentam elevado percentual de manutenção das ilicitudes cometidas e das penas aplicadas. Esse percentual ultrapassa a casa de 98% (noventa e oito por cento), merecendo destacar que há a possibilidade das chamadas questões preliminares na União Europeia, o que amplia a segurança jurídica. Já no Brasil, segundo o próprio CADE, as discussões judiciais resultam em reforma média de 27% (vinte e sete por cento) dos casos.

Além do alto índice de reforma, a morosidade judiciária e a possibilidade de obtenção de medidas para afastar o cumprimento da sanção imposta ou até mesmo para permitir a continuidade da prática, são verdadeiramente um incentivo à concorrência desleal e causam insegurança jurídica.

Observou-se, também, que uma das grandes preocupações dos agentes econômicos na União Europeia, são as indenizações decorrentes da responsabilidade civil, o que eleva o estímulo ao cumprimento da concorrência leal por via indireta. Essa prática é ainda embrionária no Brasil, limitada a casos de utilização indevida de marcas ou patentes e/ou contrafação.

Essa cultura, do concorrente lesado buscar a reparação, reflete o elevado grau da advocacia da concorrência e da integração do Direito Civil com o Direito

Concorrencial na União Europeia e que, se aumentado no Brasil, certamente implicará em ganhos em termos de juridicidade do tema.

Sugestões

Com base na análise comparativa dos elementos determinantes é possível sugerir, como forma do Brasil ampliar o grau de juridicidade do combate ao abuso de posição dominante, especialmente a sua efetividade:

1. Ampliação da inserção acadêmica do tema, investimentos em programas de advocacia da concorrência, alido a uma maior interação com o Poder Legislativo e Poder Judiciário.
2. Continuidade e fortalecimento dos objetivos do CADE de ampliação de pessoal e carreira específica junto a autoridade antitruste.
3. A implementação da defesa da concorrência com integração ou especialização dos setores regulados, resultaria em ampliar a segurança e apresentar respostas com maior grau de especificidade para aquele setor.
4. A redução do tempo de tramite nos processos administrativos.
5. Aumentar as preocupações quanto as condutas, segmentar com mais especificidade o mercado relevante, edição de manuais e orientações, ampliar o enfoque nas chamadas PCD.
6. Maior enfoque nos remédios [acordos] comportamentais, aliado ao incentivo da aplicação da leniência, com a possível implementação de um órgão específico de combate à corrupção a exemplo da Espanha.
7. Ampliação através do sugerido no item [1] da cultura da responsabilidade civil; redução da inconsistência de decisões reformadas pelo judiciário; maior efetividade da aplicação da

sanção aplicando-se penas melhor graduadas, e maior ênfase na arrecadação das sanções impostas.

Nesse contexto, reconhece-se que o caminho brasileiro é longo, sendo-lhe especialmente sugerido adotar o caráter instrumental do Direito Concorrencial, empregando a defesa concorrência para colaborar com o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, mais fraterna e de um mundo mais equilibrado onde as desigualdades sejam reduzidas e que o crescimento ocorra efetivamente de modo sustentável.

Assim, com base em todo o exposto, pode-se concluir que a hipótese foi confirmada, pois a análise comparativa dos elementos determinantes do abuso da posição dominante na União Europeia e no Brasil contribui para a efetividade da defesa da concorrência e, por meio do aumento da eficácia do combate ao abuso do poder dominante.

Por fim, há necessidade de continuidade da pesquisa com esse objetivo, a fim de convergir para novos caminhos e ampliar a defesa da concorrência e colaborar com a sustentabilidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**. 4 Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. **Pescando com tolos: a economia da manipulação e fraude**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahl de. **Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil: uma comparação com a experiência estrangeira**. In: Ideias em competição – 5 anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014. São Paulo:IBRAC/TIM/Ed. Singular, 2015.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: QuartierLatin, 2014.

AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. **Aspectos destacados da regulação dos contratos entre distribuidoras e postos revendedores sob a ótica da defesa da concorrência**. 19 Conferência Anual da ALACDE em San Domingo, 13 e 14 de Julho de 2015. Disponível em: <<http://alacde2015.org/papers/8.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2015

AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. **Breves notas sobre o direito econômico-concorrencial a luz da constituição federal**. In: MACHADO, José Carlos. **Produção científica CEJURPS/2015 – Edição Ouro**. Itajaí: Univali, E-book, ISSN 1982118-2 p 602-627.

AVILA JUNIOR, Luiz Carlos; SILVA, Anuska Felski da. **A ponderação e análise econômica do direito como mecanismo para reduzir a desigualdade econômica e social**. IX Congresso Iberoamericano sobre cooperação judicial, Valparaíso, Chile, novembro 2015 (no prelo).

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**

jurídicos. 16 Ed. – São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEREDO, José Carlos de. **Escrevendo pela nova ortografia: como usar as regras do novo acordo ortográfico da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008.

AZEREDO, José Carlos de. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **A teoria da organização industrial e a economia dos custos de transação: linhas gerais do referencial analítico**. In: FARINA, Elizabeth M.M. Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: Mercado, Estado e Organizações**. São Paulo: Singular, 1997, pp. 29-111.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Análise Econômica da Defesa da Concorrência**. In TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

BALLBÉ MALLOL, Manuel. **La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista**. Anuario de la Competencia 1997. Madrid: Marcial Pons, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**. Trad. Kristina Mischahelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **A iniciativa econômica na Constituição Brasileira de 1988**.

In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estado e constituição: estado social e poder econômico face a crise global**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.

BOHER. Carolina Pancotto. **Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento**. In GABAN, Eduardo Molan (coord). **Estudos de direito econômico e economia da concorrência**. 2 reimpr – Curitiba: Juruá, 2012, p. 242, 243.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico**. Curso de Desenvolvimento Econômico, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

CABANELLAS, Guillermo. **Derecho Antimonopolico y de defensa de la competencia**. Buenos Aires: Heliasta, 1983.

CADE. **Ato de concentração número 08700.006723/2015-2**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

CADE. **Averiguação Preliminar 08012.006899/2003-06 – Conselheiro relator Carlos Ragazzo**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CADE. **Caderno do Cade: Mercado de saúde suplementar: condutas**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

CADE. **Consulta 08700.010927/2015-67 – Relator Conselheiro Márcio de Oliveira**

Junior – 20/01/2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

CADE. **Nota Técnica 6/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

CADE. **Processo 08012.000295/1998-92.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CADE. **Processo Administrativo 0800.012720/94-74.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

CADE. **Processo Administrativo CADE 08012.011508/2007-91 – Conselheira Relatora Ana Frazão.** Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CADE. **Processos administrativos: 08012.002127/02-14; 08012.000099/2003-73; 08012.004241/2003-51 e 08012.008142/2011-59 Inquerito Administrativo 08012.008859/2009-86.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

CADE. **Requerimento 08700.004992/2007-43.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

CALIENDO, Paulo; RIBAS, Juliana. **Análise Econômica de Políticas Fiscais: o caso do Brasil.** 19 Conferência Anual da ALACDE em San Domingo, 13 e 14 de Julho de 2015. Disponível em: <<http://alacde2015.org/papers/30.pdf>>. Acesso em: 04 set 2015.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. **Derecho Antitrust Europeo.** Madrid: Colex, 2009.

CAMELIER DA SILVA, Alberto Luis. **Concorrência desleal: atos de confusão.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CARLES, Barbara Aranda; HUERTA, Sonsoles Centeno; RUIZ, Frederico Pastor. **Procedimientos em matéria de defesa de la competencia.** In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia.** Navarra: Thomson Reuters, 2013.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito.** 6 Ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Acordo em controle de concentração: possibilidades, conveniência e diálogo social.** In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito Econômico concorrencial.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Vinicius Marques de. **Defesa da concorrência: estudos e votos.** São Paulo: Singular, 2015.

CARVALHO, Vinicius Marques. **A defesa da concorrência e combate à corrupção.** In: COUTINHO, Diogo R. **Direito econômico atual.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de defesa da concorrência comentada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CASELLI, Bruno Conde. **A interação entre SEAE e ANP à luz da nova lei de defesa da concorrência (lei 12.529/2011).** Revista do IBRAC: Direto da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, ano 21, vol 26, ISSN 1517-1957.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Portuário e a Nova Regulação.** (no prelo).

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial.** Brasília: OAB Editora, 2004.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito.** Tradução: Heloisa

Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

CODORVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Helênia&Devília: civilização e barbárie na saga dos direitos humanos**. Curitiba: Bonijuris, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **A civilização capitalista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Indispensável Direito Econômico**. In: **Ensaio e Pareceres do Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. **A contribuição das abordagens institucionalistas para a constituição de uma teoria econômica das instituições**. Porto Alegre: Ensaio FEE v.23, n1, p. 77-106, 2002.

COSTA, Blanca Vila. **El “abuso de posición dominante” en la C.E.E.** Madrid: Instituto Nacional de administración pública, 1979.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. 3 Ed. São Paulo: Forense, 1990.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**. 2 Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DiLORENZO, Thomas. **Anti-trust, anti-trut. Organized crime: the unvarnished trut about government**. Auburn: Ludwig von MisesInstitute, 2012.

DUBY, Georges. **Economia rural y vida campesina em el ocidente medieval**. Barcelona: Peninsula, 1968.

FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLES, C.J. **La libre competencia em España. Derecho europeo y economia de mercado**. La Constitución española en el ordenamento comunitário europeu III, Ministério de Justicia, XVIII Jornadas de Estudio, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A concorrência como direito transindividual na Constituição Federal**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, André Santos. **As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Havard e Chicago**. RDC, Vol 2, N° 2, Novembro/2014 – pp. 180-206.

FERRER, Gabriel Real. **Integración económica y medio ambiente em américa latina**. Madrid: McGraw-Hill, 2000.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. In: VALLE, Juliano Keller do. **Direitos fundamentais, economia e estado: reflexões em tempos de crise**. 2 Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 126.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FINKELSTEI, Cláudio Finkelstein. **Direito Internacional**. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FINKESTEIN, Cláudio; FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **A internacionalização do direito econômico**. In: GABAN, Eduardo Molan. **Estudos de direito econômico e economia da concorrência**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2002.

FORGIONI, Paula Andrea. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Fox, Eleanor M., **The Efficiency Paradox** (July 8, 2009). **HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST**, R. Pitofsky, ed., Oxford, p. 77, 2008; NYU Law and Economics Research Paper No. 09-26. Disponível em: <SSRN:http://ssrn.com/abstract=1431558>. Acesso em: 03 jul. 2016.

FRAZÃO, Ana. **A necessária constitucionalização do direito da concorrência**. In CLÈVE, Clèmerson Merlin, FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014.

FUENTES, José Massaguer; ARQUER, José Manuel sala; CRESPO, Jaime Folguera; GUTIÉRREZ, Alfonso. **Comentários a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados e la Competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2015.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Negociações de acordo como garantia da função promocional do direito e do princípio constitucional da livre concorrência**. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FURTADO, Celso. **Brasil: a construção interrompida**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate a cartéis**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GAVIOLI, Maíra G. de Moraes; KARAM, Rachel A. Sotomaior. **Políticas concorrências no Comércio Internacional**. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo T. Lessa. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GERBER, David J. **Two forms of modernization in european competition law**. Fordham International Law Journal, Vol 31, Issue 5, Article 8, 2007.

GONZALES, Andrés; ORSI, Rocío. **La economía a la intempérie, quebra política em el mundo contemporaneo**. Barcelona: Deusto: 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 16 Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUINDO, Cristina Alcaide. **La evolución de la política de defensa de la competencia**. ICE, Nov/2005, nº 826.

HODGSON, Geoffrey M. **The approach of institucional economics**. *Journal of Economic Literature*, v.36, p. 166-192, 1998.

HOFSTADTER, Richard. **What happened to antitrust movement?** In: SULLIVAN, Thomas E. **The political economy of the Sherman Act: The first one hundred years**. Oxford University Press, 1991.

HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los**

impuestos. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2011.

HORTA, Luciana Simões Rebello. **Direito potestativo do mercado de capitais: uma percepção quântica do direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

HOVENKAMP, Hebert J. **The first Great Law & Economics Movement.** Univerity of Iowa Legal Studies Research Paper, Number 09-22, 2009.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

KEYNES, John Maynard. **As consequências econômicas da paz.** Trad. Sérgio Bath. São Paulo: imprensa oficial do estado, 2002.

KORAH, Valentine. **Concept of a dominant position within the meaning of article 86.** *Common Market Law Review*. Issue 3, pp. 395–414, 1980.

KOTSIRIS, Lambros E. **Na antitrust case in ancient greek law.** *The Internacional Lawyer*, v. 22, n. 2, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.**[Methodenlehre der rechtswissenschaft, Berlim, 1991]. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2012.

LAVILLA, Jesús Rodrigo; PARDO-MARTÍNEZ, Luis Sancho y. **Acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas y prácticas concertadas.** In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia.** Navarra: Thomson Reuters, 2013.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico.** 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LERENA, Diego Loma-Osorio; TAMARGO, Alfredo González-Panizo. **Marco normativo e institucional del derecho de la competencia**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013.

LIMARQUEZ, María Viñuelas; LLOPIS, Andrea Gavela; VALLVÉ, Joaquim Hortalá. **Concentración de empresas**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013.

MACHLUP, Fritz. **The political economy of monopoly: business, labor and government policies**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952.

MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARSHALL, Ray. **Commons, Veblen, and other economists: remarks upon receipt of the Veblen-Commons award**. Journal of Economic Issues, v.26, n.2, p 301-322, 1993.

MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles. **La libre competencia**. Madrid: La Ley, 2001.

MATTOS, Cesar. **Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 5, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Ediouro, 1987.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Abuso do exercício do direito: responsabilidade pessoal**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NATAL, Myriam Rodríguez; CARLES, Bárbara Aranda; RUIZ, Federico Pastor. **Abuso de posición de dominio**. In: LERENA, Diego Loma-Osorio. **Tratado de derecho de la competencia**. Navarra: Thomson Reuters, 2013.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 3 Ed. São Paulo: Edipro, 2014.

NORTH, Douglas C. **Economic performance through time: the limits to knowledge**. Washington University, 1994.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma leitura critica da actual crise do capitalismo**. Coimbra: Coimbra, 2011.

OSORIO, Maritza illiana Nuñez. **El abuso anticompetitivo bajo el articulo 82 del tratado CE: rebajas y precios predatorios**. Tese Doutoral - Madrid: Universidad Autonoma de Madrid, 2009.

PASCUAL, Juan José Montero. **La estrutura administrativa para la aplicación del derecho de la competência em espanña: La CNMC**. In: CALVO, Mercedes Pedraz; SOLIS, David Ordóñez. **El derecho europeo de la competencia y su aplicación en espanña**. Madrid: La Ley, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Historia de los derechos fundamentales**. Madrid: IDHBC, 2003.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Remédios no âmbito de acordos em controle de concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da lei 12.529/2011**. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baugarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PITOFSKY, Robert. **Introduction: Setting the stage.** In: PITOFSKY, Robert. **How the Chicago School oversot the Mark: The effect of conservative economic analysis on U.S. antitruste.** New York: Oxford University Press, 2008.

PLAWIAK, Rainier Belotto. **O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos.** In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito concorrencial e regulação econômica.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época.** Trad. Fanny Wrobel, 2 Ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000.

POSNER, Richard A. **Para além do direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

REAL FERRER, Gabriel. Aulas em abril/2015 – Alicante – Espanha.

RIBEIRO, Elisa Silva de Assis. **O controle das condutas – infrações a concorrência.** In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito econômico: evolução e institutos.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil.** Rio de Janeiro: RFPTD, v.3, n.3, 2015.

RODRIK, Dani. **A globalização foi longe demais?** Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2014.

ROSA, Mariana Boabaid Dalcanale. **Modelo de transição institucional da política de defesa da concorrência.** In: CARVALHO, Vinicius Marques. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrencia.** São Paulo: Singular, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – As condutas.** 1 Ed. São Paulo:

Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Análise dos atos de concentração no brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE**. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito Econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. **Portaria n. 50/2001**. Disponível em: <<http://seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/legislacao/portarias>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

SEM, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Donienelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIMON, Hebert. **From substantive to procedural racionality**. In Latsis, S. **method and appraisal in economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

SIMON, Hebert. **Teorias acerca de la adopcion de decisiones en economia y la ciência del comportamiento**. In: SIMON, Hebert A.; DORFMAN, Robert.; HICKS, J.R.; **Panoramas contemporâneos de la teoria econômica III**. Madrid: Alianza, 1970.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. **La potestad sancionadora em la Ley de Defensa de La Competencia**. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 14, abril/2010.

SOUZA, Nali de Jesus. **Uma introdução à história do pensamento econômico**. Disponível em: <http://www.nalijsouza.web.bt/introd_hpe.pdf>. Acesso em 10 abr. 2014.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu.** Revista do Ibrac, Ano 21, Vol 26, p. 115-134, São Paulo: dez/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto-vista HC 86.259-4.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

TABOADA, Eunice Leticia. **Economía de la gobernación o economía de los costos de transacción.** Ciudad de México: Ide@s, Concyteg 58, abril/2010, pp 317-336.

TORRE, Fernando Castillo de la. **El artículo 101 TFUE: los acuerdos prohibidos em la jurisprudencia del tribunal de justicia.** In: CALVO, Mercedes Pedraz; SOLIS, David Ordóñez. **El derecho europeo de la competencia y su aplicación em españa.** Madrid: La Ley, 2014.

ULEN, Thomas S. **A nobel prize in legal Science: theory, empirical work, and the scientific method in the study of law.** Champaign, College of Law, 2002, p. 24. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419823>. Acesso em: 06 out. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Ac. TJ 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can / Comissão, 6/72, c. nº26.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **CE n. 1/2003.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **CE n. 1/2003.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **EC n. 139/2004.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Intel Corp vx vs. Comissão Europeia.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Irish Sugar plc. vs. Comissão Europeia.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Processo AT.39740.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Processo AT.40153.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-428-14 – DHL Express (Italy) vs. Autorità Garante dela Concorrenza e del Mercato.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-68-12.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Processo T-30-89.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Processo T-411/07 - Aer Lingus Group plc contra Comissão Europeia.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Processo T-486/11 - julgado em 17 de dezembro de 2015.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 jun. 2016.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 jun. 2016.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 29 jan. 2016.** Disponível em:

<<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 de junho de 2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **República da Áustria vs. Comissão Europeia - julgado em 11 de dezembro de 2014**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Sentença de 28 de junho de 2005, Dansk Rorindustri e outros vs. Comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Sobre a UE**. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **XXXIII Relatório sobre a política de concorrência**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2003/final_pt.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **CE n. 802/2004**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão em 15 jun. 2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

VICENTE, Julio Pascual y. **Mercado, Competencia y Unión Europea**. In: CALVO, Mercedes Pedraz; SOLIS, David Ordóñez. **El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación em España**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2014.

WARAT, Luís Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

WILKINSON, Richard G. **O nível: porque uma sociedade igualitária é melhor para todos.** Trad. Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais.**São Paulo: Pezco, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. **Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives.** Administrative Science Quarterly, v. 26, 1991.

WILLIAMSON, Oliver E. **Economics as na antitruste defense: the welfare tradeoffs.** The American Economic Review 58/18-36. Pittsburgh, 1968.

WILLIAMSON, Oliver E. **The theory of the firm as governance structure: From choice to contract.**Pittsburgh: Journal of Economic Perspectives, 2002, 3, pp 171-195.