

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
(DIREITO EMPRESARIAL)

O CONTROLE DO PODER ECONÔMICO NO MERCADO E A CONCEITUAÇÃO DO
SEU ABUSO.

Wagner de Paula Vieira

Rio de janeiro
2007

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
(DIREITO EMPRESARIAL)

O CONTROLE DO PODER ECONÔMICO NO MERCADO E A CONCEITUAÇÃO DO
SEU ABUSO.

Monografia apresentada à UGF como requisito
parcial para a conclusão do curso de pós-
graduação *lato sensu* em Direito Empresarial.

Por

Wagner de Paula Vieira

Professor orientador

Prof. Ms. Arnaldo Magalhães

Rio de Janeiro
2007

FOLHA DE APROVAÇÃO

CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL

TÍTULO DA MONOGRAFIA

O CONTROLE DO PODER ECONÔMICO NO MERCADO E A CONCEITUAÇÃO DO SEU ABUSO.

ALUNO

Wagner de Paula Vieira _____

AVALIAÇÃO

1. CONTEÚDO

Nota: ____ Conceito: _____

Avaliador _____

FORMA

Nota: ____ Conceito: _____

Avaliador _____

NOTA FINAL: _____ CONCEITO: _____

Rio de Janeiro, _____ de _____ de 200__

Arnaldo Margalhães

VIEIRA, Wagner de Paula, **O controle do poder econômico no mercado e a conceituação do seu abuso.** 48 fls. Monografia (Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007.

RESUMO

O presente trabalho tem como foco principal mostrar o abuso do poder econômico e a sua concepção na lei antitruste brasileira. Para isso a presente obra vem dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo é dedicado a análise histórica para um melhor entendimento da própria evolução do direito e da economia no mundo e principalmente no Brasil, bem como a intervenção do Estado nos atos de concentração das empresas nos dias de hoje.

O segundo capítulo é dedicado a análise da microeconomia relatando a regulação antitruste sobre a mesma. Os assuntos de microeconomia estudados exigem oferta, equilíbrio de preço, modelo de concorrência perfeita, porém, esses fatores encontram barreiras nas modalidades utilizadas pelas empresas como monopólio, oligopólio, cartéis que prejudicam o andamento “saudável” das empresas, bem como a economia de um país, gerando muitas vezes atos de concentrações de empresas e barreiras a entrada das mesmas.

No terceiro capítulo dedicamos ao estudo de mercado relevante que constitui o ponto de partida da análise das autoridades antitruste no que tange à avaliação do escopo dos problemas concorrenciais no âmbito tanto de atos de concentração como de processos envolvendo abuso de posição dominante.

O último capítulo traz o conceito de abuso do poder econômico alcançado pela aproximação dos conceitos de abuso de discriminação e abuso no exercício de direitos privados. Diante disso podemos dizer que o abuso do poder econômico está definido como alguém em uma posição dominante de uma atividade econômica privada contra seus propósitos sociais fazendo com que restrinja a liberdade de iniciativa e à livre concorrência de outras empresas ultrapassando assim todas as normalidades concorrencias permitidas pela lei antitruste.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 DA CONCORRÊNCIA	08
1.1 Evolução histórica	08
1.2 Modalidades	10
1.3 Da livre iniciativa e concorrência disciplinada na Constituição Federal de 1988	11
1.4 Intervenção do estado nos atos de concentração empresarial	13
1.4.1 Intervenção direta e indireta	14
2 DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E DAS INFRAÇÕES Á ORDEM ECONÔMICA	16
2.1 Dos atos empresariais geradores de concentração	16
2.2 Práticas abusiva	19
2.2.1 Monopólio	21
2.2.2 Oligopólio	22
2.2.3 Cartel	22
2.3 Barreiras ao ingresso de concorrentes	23
3 O PODER ECONÔMICO E SUA CARACTERIZAÇÃO	26
3.1 Considerações prévias	26
3.2 Mercado relevante	26
3.2.1 A noção de mercado	26
3.2.2 Noção jurídica de mercado relevante	27
3.3 Posição dominante	31
3.3.1 Considerações iniciais sobre posição dominante	31
3.3.2 A noção jurídica de posição dominante	33
4 ABUSO DO PODER ECONÔMICO	37
4.1 O poder econômico e a necessidade de sua identificação	37
4.2 livre concorrência	38
4.3 Abuso do direito e abuso do poder econômico	39
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei 8.884, de 11.06.1994, inaugurou-se uma nova era na disciplina de repressão aos abusos de poder econômico no Brasil.

Inúmeros trabalhos vêm sendo elaborados e publicados acerca da disciplina jurídica do poder econômico e da tutela da concorrência, pondo fim a uma duradoura escassez doutrinária que perdurou em nosso país.

Entre empresários e políticos nota-se estar desenvolvendo um processo de conscientização em que a concorrência é um elemento essencial ao sistema econômico, sendo indispensável o exercício pelo Estado de uma atividade antitruste que coíba os abusos a ordem econômica afim de que beneficie e resguarde os interesses da comunidade.

Observa-se que muitos ainda não se deram conta de que a disciplina de repressão aos abusos de poder econômico não é instrumento de controle de preços, mas é controlando preços que se preserva a concorrência, ou seja, é preservando a concorrência que se obtêm preços menor.

Poderíamos dizer que a concorrência é um instrumento existente em benefício dos cidadãos, vez que são estes os consumidores finais dos produtos que experimentam as melhorias decorrentes das circunstâncias dessas concorrências. Além de conferir benefícios aos consumidores, a disputa entre as empresas ocasionadas pelo ambiente de concorrência propicia que a economia brasileira entre com uma melhor estrutura no mercado externo.

A proposta da presente monografia é definir e consolidar a defesa da concorrência no Brasil despertando qual realmente seria os reais objetivos da Lei Antitruste para essa consolidação e também conceituar o abuso do poder econômico.

Inicialmente abordaremos os aspectos inerentes à livre concorrência a partir do seu desenvolvimento histórico e apresentaremos as teorias adotadas pela defesa da concorrência. Outro ponto abordado no capítulo é a correlação entre os princípios da livre concorrência e a iniciativa á luz da Constituição da República de 1988, bem como a análise da necessidade da intervenção do Estado nos casos de atos prejudiciais à livre concorrência por meio de concentração.

Em um segundo plano versaremos sobre os atos geradores de concentração de poder econômico caracterizando-se a concentração empresarial, bem como o controle preventivo em que o CADE analisa esses atos de concentração. Abordaremos os requisitos

para que a prática empresarial seja considerada abusiva e também as modalidades mais conhecidas de infrações à ordem econômica.

Depois de examinados os conceitos de mercado relevante e de posição dominante, elementos indispensáveis à caracterização do poder nos mercados sem o qual não pode haver abuso, finalmente, abordaremos a questão do exercício do poder econômico de forma regular e a conceituação do abuso, proposta ao final do trabalho.

1 DA CONCORRÊNCIA

1.1 Evolução histórica

Para melhor compreender a própria dinâmica do direito da concorrência atualmente, interessante se faz uma breve análise dos principais acontecimentos em sua origem e desenvolvimento mundial e, mais especificamente, no Brasil.

Com a criação da moeda, durante a Idade Média, o comércio passou a ter o objetivo de suprir a demanda das cidades e não mais de subsistência como no sistema feudal. No século XVII, no auge do mercantilismo, acentua-se a noção de monopólio estatal devido ao colonialismo. Essas trocas comerciais com Espanha e Portugal financiaram a Revolução Industrial na Inglaterra em 1760 que proporcionou uma migração dos artesãos para as fábricas que demandavam grandes investimentos em máquinas e infra-estrutura. Com o aumento da produção, volta a ser imprescindível a procura por novos mercados.

Já no século XVIII, principalmente na França, desponta a corrente do Iluminismo que preconizava que todos os fenômenos poderiam ser explicados pela luz da razão. A escola clássica, que teve seu expoente em Adam Smith, fundou o liberalismo ao descrever que as pessoas eram livres para buscar seus próprios interesses e, nessa prática, eram conduzidas por uma “mão invisível a promover um fim que não era parte de sua intenção”¹ e, por esse motivo, o Estado não poderia intervir no mercado pois ele se auto-regula pelas suas forças econômicas. Seguiam a teoria do “*laissez faire, laissez passer: lê mone va de lui même*”.²

Baseado nos ideais iluministas, a classe burguesa, subjugada pelo clero e pela nobreza, viu na revolução uma forma de se impor e, por esse motivo, financiou a Revolução Francesa em 1.789 a qual possuía três princípios: “igualdade, liberdade e fraternidade”.

O meado do século XIX viu transformar-se o capitalismo atomista num capitalismo de grupo. A chamada concentração capitalista acarretou profundas influências no Direito, fazendo surgir um novo ramo, direcionado justamente a reger o novo fato econômico. Não se tratava mais de indivíduos a serem protegidos contra o monarca absoluto, e que se relacionavam atomisticamente entre si.³

¹ SMITH, Adam. Apud. HOLANDA, Nilson. **Introdução a economia**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 153.

² Idem. p. 150.

³ LEOPOLDINO, João Bosco da Fonseca. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.

Essa profunda alteração no contexto social, na tipologia das relações sociais, comprometidas como fato econômico, leva a uma nova manifestação reguladora do Direito direcionada a um fato novo, oportunidade em que advém a primeira importante legislação de defesa da concorrência, o *Sherman Act nos Estados Unidos, seguida pelo Clayton Act* no Canadá em 1914.

Não obstante, a inserção da ordem econômica nos textos constitucionais se deu apenas no século XX com a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã Weimar, de 1919 que foram uma resposta no plano do direito positivo às novas exigências de um Direito novo, de um novo instrumento, que fosse eficaz e eficiente nas mãos do Estado, para dirigir a nova realidade econômica e social.⁴

Embora o sistema liberal dominasse por mais de um século, o rompimento deu-se com o “*crack*” da bolsa de valores de Nova York em 1929, onde claramente foi percebido que o mercado não tinha condições de reger-se.

Dessa forma, surge a doutrina americana⁵ do *Welfare State* em que o Estado passou a ser responsável pelo bem-estar social de sua população, e em razão disto, centralizou o sistema de economia.

Já no Brasil, a Carta de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, foi a primeira a tratar dos princípios econômicos⁶ sendo que “todas as cartas subseqüentes dedicaram um de seus capítulos à ordem econômica”.⁷

Em 1962, foi aprovado o projeto de lei de Agamenon Magalhães, que se tornou a Lei 4.137.⁸ Nessa legislação é criado o CADE, que originalmente detinha somente a função de controlar o abuso de preços, visto que a ingerência do estado no sistema econômico era muito grande.

Ocorre que, no final da década de 1970, as economias fortemente controladas entraram em colapso em razão do Estado não mais conseguir atuar como empresário, regular

⁴ LEOPOLDINO, João Bosco da Fonseca. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 10.

⁵ Apesar de divergências sobre sua origem, o Professor Adjunto do Departamento de Geografia da UERJ, Hindenburgo F. Pires entende que a doutrina do Welfare state é oriunda dos Estados Unidos da América. C.F. PIRES, Hindenburgo F. **Curso de Extensão On Line: globalização, mitos e realidades**. Disponível em: <http://www.cibergeo.org/modulo4/modtwa4-3.htm>. Acesso em 05 set 2006.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1.999. p. 752.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 722.

⁸ SILVA, Lúcia Helena Salgado e. **Bases Conceituais da Intervenção**. In Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001. p.94.

o mercado e ainda prover as necessidades de sua população. Neste contexto, ressurgiu o pensamento liberal, sob a forma do neoliberalismo, uma espécie de liberalismo comedido, o qual assegura o desempenho das atividades empresariais, mas também o *manus* estatal de fiscalizar a atuação do setor privado.

Em 1988, após o período ditatorial, é promulgada a Constituição de 1988, que revigora o regime democrático e se filia ao neoliberalismo mundial ao impedir a intervenção estatal na economia, exceto nos casos e formas nela expressamente previstos.

Com o advento da nova Carta da República e também de acordo com as pressões internacionais de globalização, os mercados brasileiros começaram a se abrir em 1989 durante o Governo Collor. Objetivando a instituição de normas de defesa da concorrência, adveio a lei 8.158/1991, todavia, o entendimento doutrinário acerca dessa lei é que ela se preocupava apenas com a repressão dos atos de concentração empresarial, sendo omissa quanto à atividade preventiva.⁹

Após os períodos inflacionários, o Estado passa a ter finalidade de regulação dando início ao processo de privatização e aderindo ao movimento de integração às economias mundiais através de globalização. Assim, é publicada a Lei 8.884 em 11 de junho de 1994, com o escopo de preservar o ambiente competitivo através de normas preventivas e repressivas.

1.2 Modalidades

Caso a atividade empresarial elimine ou prejudique a livre concorrência, esta atuação passa a ser ilícita, pois ameaça o exercício da livre iniciativa, que assegura a entrada de novos empreendedores no mercado. A concorrência ilícita é reprimida de duas formas pelo direito brasileiro: através da caracterização da concorrência desleal e através do abuso de poder econômico.

A primeira punível nas esferas civil e criminal caracteriza-se por causar prejuízos apenas aos empresários afetados por esta prática, devendo por eles ser buscada a reparação dos prejuízos sofridos. Já a segunda, objeto do presente trabalho, além das duas sanções nas respectivas áreas supracitadas há a repressão na esfera administrativa, realizada pelo CADE.

⁹ MARSHALL, Carla. **Legislação Brasileira de Defesa da Concorrência**. In Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001. p.90.

A infração a ordem econômica além de causar prejuízos diretos aos empresários, desestrutura o livre mercado prejudicando sua competitividade.

1.3 Da livre iniciativa e concorrência disciplinada na Constituição Federal de 1988

A Constituição é a Lei maior de nosso País que se sobrepõe e vincula todas as demais normas infraconstitucionais à medida que os seus preceitos devem ser respeitados quando da realização de alguma atividade. Com relação aos princípios basilares da atividade econômica, o art. 170 inclui a livre concorrência.

Intrinsecamente ligado à livre concorrência é o princípio da livre iniciativa, fundamento da República disposto no art. 1º, IV e repetido como essencial à ordem econômica sendo transcrito no *caput* do art. 170. Tal princípio está consubstanciado no direito fundamental à liberdade, segundo na ordem de importância dos direitos fundamentais, de acordo com o explícito no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1.988.

Porém, ao adotar este perfil neoliberal, a Constituição previu valores com os quais devem se compatibilizar como esclarece Gastão Alves:

Parece estar claro que, no âmbito da ordem econômica, a Constituição optou por um sistema capitalista privado, amenizado pela possibilidade de interferência estatal em certas situações que ela mesma especifica e temperado pela ênfase dada a alguns objetivos de cunho social, claramente expresso em seu texto nos princípios que veicula.¹⁰

Este fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, CRFB) possui duas vertentes, conforme leciona Fábio Ulhoa, ao dizer que: “Em duas direções se projeta a defesa do direito à livre iniciativa: contra o próprio Estado, que somente pode ingerir-se na economia nos limites constitucionalmente definidos, e contra os demais particulares.”¹¹

A primeira vertente trata de uma limitação à ingerência do Estado na economia, de modo que a interferência só é possível nos casos previstos no art. 174 da Carta Magna de 1988, conforme o ensinamento deixado por Hely Lopes: “Só é admissível a atuação supletiva

¹⁰ TOLEDO, Gastão Alves. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 177.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, Volume 1. p. 188.

do Estado na atividade econômica, não mais interventiva, que vinha se praticando com tanta frequência e ilegalidade antes da edição da nova carta”.¹²

Verifica-se, portanto, que é assegurado ao particular a liberdade de exploração da atividade econômica, sem necessidade de autorização, salvo nos casos expressamente previstos no art. 177 da Constituição Federal de 1988. Como bem expressa o doutrinador Celso Ribeiro, temos que:

A livre iniciativa é uma manifestação, no campo econômico, da doutrina favorável à liberdade: o liberalismo. Este tem por objeto o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais em face do Estado. Assim sendo, a livre iniciativa consagra a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem se deparar com as restrições impostas pelo Estado.¹³

Como respaldo a posição trazemos o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº. 549-873-SC. 1ª Turma *Rel.* Min. Luiz Fux. Julgado em 101 ago 2004):

Deveras, sólida é a lição de que um dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta ainda ‘livre concorrência’ como um de seus princípios obrigatórios. (...) Isto significa dizer que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar, reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; (...) De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão dos livres agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que, nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor como obrigatório para o setor privado.¹⁴

Já a segunda cria um limite ao direito de atuação dos particulares, pois visa assegurar a abertura do mercado para o livre exercício do direito alheio de exploração de atividades econômicas e, por conseguinte, resguardar o ambiente competitivo. Importante ressaltar as palavras de José Afonso da Silva, quando menciona a atuação da iniciativa econômica privada:

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, p. 552.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000. p. 455.

¹⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *In* **Curso de Direito Administrativo**, 14. ed. Malheiros, 2002 p. 619-620.

Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí porque a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹⁵

Além de produzir vantagens para o aumento da competição à medida que propicia a entrada de novos empreendedores no mercado, a livre concorrência também traz benefícios para os consumidores e até mesmo para o próprio Estado. Em relação às vantagens advindas para os consumidores, leciona José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “é fundamental que exista a livre concorrência entre as empresas, já que é por seu intermédio que se obtém a melhoria da qualidade de produtos e serviços, o desenvolvimento tecnológico na fabricação, e melhores opções ao consumidor ou usuário final.”¹⁶

A concorrência também contribui para redução de preços, tendo em vista o grau de competitividade do mercado e grandes opções para os consumidores. Já no rol dos proveitos auferidos pelo país, está o desenvolvimento da própria economia uma vez que o ambiente concorrencial fomenta a inserção de novos empresários no mercado, gerando um aumento do número de empregos e volume de arrecadação de tributos. Não obstante, há uma considerável melhoria da imagem internacional do país enquanto local seguro para investimentos, vez que o cenário de concorrência demonstra estabilidade econômica e financeira, permanecendo o país competitivo no mercado externo.

1.4 Intervenção do estado nos atos de concentração empresarial

Ao Estado, diversamente da doutrina liberal, foi reservada a função de fiscalizar e sancionar a atividade dos particulares, conforme menciona Carvalho Filho:

Apesar do texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regular, com a finalidade de exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância dos princípios constitucionais da ordem econômica, (...)¹⁷

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 760.

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66.

¹⁷ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 657.

A *contrario sensu*, José Afonso, distingue em apenas duas modalidades: participação e intervenção, sendo que a primeira pode ser constatada quando o Estado desenvolve atividades empresariais. Já a segunda, caracteriza-se como a forma de conter a ação da iniciativa privada:

A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para desenvolvê-la à normalidade; normalidade, então, consistia em manter um regime de livre concorrência; por isso, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência.¹⁸

Desta forma, a atuação do Estado nos casos de concentração deve realizar-se através da fiscalização em que o ente estatal advertirá os agentes da iniciativa privada a fim de proporcionar o desenvolvimento da atividade empresarial respeitando os ditames da livre concorrência e iniciativa.

Caso tais normas não sejam obedecidas, o Estado possui o dever de coibir os atos praticados com abuso do poder econômico, conforme dispõe o art. 173, § 4º, da Carta de 1988. Já no ano de 1994, esse era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Mandado de segurança nº. 3.351-4 – DF. *Rel.* Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 14 de junho de 1994):

O poder de fiscalizar pressupõe, como corolário, o de regulamentação, tendo esta à finalidade precípua de controlar o cumprimento das determinações daquele, apurando responsabilidades e aplicando as sanções administrativas conseqüentes. No domínio econômico – conjunto de bens e riqueza a serviço de atividades lucrativas – a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento nacional e da justiça social e se realiza visando a harmonia e solidariedade entre as categorias social de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar abuso de poder econômico.

Igualmente, já preceituava o cérele Hely Lopes Meirelles que: “Quando o uso desdobra em abuso, a própria Constituição, impõe sua repressão (art. 173, §4º).”¹⁹

1.4.1 Intervenção direta e indireta

As formas ou modalidades de intervenções do Estado no setor econômico são diversas podendo cada uma delas assumir as mais amplas esfumaturas. É importante

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p773.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 554.

observarmos que o Estado pode atuar diretamente e indiretamente no setor econômico, onde no primeiro caso assumem a forma de empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, mencionadas no art. 173 §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal. No que diz respeito à atuação indireta, o Estado o faz através de normas fiscalizadoras e incentivadoras, tendo esta forma previsão no art. 174 da Constituição Federal.

Como bem ensina João Bosco Leopoldino:

Através da atuação direta o Estado passa atuar como *empresário*, comprometendo-se com a atividade produtiva, quer sob a forma de empresa pública quer sob a de sociedade de economia mista. Sob essas duas formas pode ele atuar em regime concorrencial, em que se equipara com as empresas privadas, ou em regime monopolístico.

E continua: “A intervenção direta pode fazer-se ainda por um outro caminho: O Estado assume a gestão da empresa privada, passando a dirigi-la quando interesses de ordem social o exijam.”²⁰

Ao atuar indiretamente no apoio da atividade econômica empreendida pelos particulares, o Estado adota determinadas formas de política econômica. A política econômica tem como objetivos fundamentais, assegurar o crescimento da economia, o pleno emprego dos fatores de produção garantindo estabilidades de preços, portanto, para garantir a consecução desses objetivos deve o Estado adotar uma série de medidas de política econômica que sirvam de instrumentos de alcance a seus objetivos fundamentais.

²⁰ LEOPOLDINO, João Bosco da Fonseca. Op. Cit. p. 281.

2 DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E DAS INFRAÇÕES Á ORDEM ECONÔMICA

2.1 Dos atos empresariais geradores de concentração

Para que seja atingido nível máximo de concorrência no mercado, é necessário grande número de agentes operadores sem que algum deles possua importância capaz de gerar algum tipo de concentração inibindo o desenvolvimento da concorrência: “A concentração, seja qual for a sua origem, representa uma falha do sistema de mercado. Em outras palavras, a estrutura prevista ou imaginada para o seu funcionamento, passa a não mais corresponder àquela concretamente verificada na maioria dos mercados.”²¹

No âmbito das atividades das empresas podemos citar como formas de possíveis processos concentracionais os ocorridos pelas suas operações e ligações. Devemos esclarecer que o processo de concentração pode ser classificado em vertical, horizontal e conglomerados. Através da forma vertical, são aglutinadas várias empresas dedicadas aos diferentes processos de produção de um bem. Pela horizontal, a concentração se verifica no mesmo estágio de produção. Já os conglomerados englobam empresas que, aparentemente, não possuem conexão com seu objetivo social, interligadas apenas pelo fato que uma empresa integra o capital de sociedades diversas. Trataremos apenas das operações societárias, visto que o objetivo maior da presente monografia está no abuso do exercício do poder econômico.

Compreendem alterações *intra societatis*, ou seja, na própria estrutura da empresa e se desenvolvem através dos processos de incorporação, fusão, cisão e transformação, que podem, de algum modo, gerar concentração de poder econômico. Para fins deste trabalho, trataremos somente das três primeiras, visto que a última importa apenas em alteração no tipo societário, pois “muda-lhe as características, mas não a individualidade, que permanece a mesma, mantendo-se íntegros a pessoa jurídica, o quadro de sócios, o patrimônio, os débitos e os créditos”.²²

Quando essas três operações são efetuadas, seus responsáveis visam, sobretudo, redução de custos a fim de fortalecer a empresa para concorrer no mercado nacional e internacional, conforme é a informação da Tribuna do Advogado, informativo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Rio de Janeiro:

²¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao direito econômico**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 149)

²² BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 479.

No mundo contemporâneo, é praticamente impossível pensar em economia de mercado sem a formação de núcleos econômicos. A globalização abriu caminho para o estabelecimento de alianças e a reestruturação das empresas, que cada vez mais se aglutinam com o objetivo de encarar os desafios da economia de escala. Dentro deste cenário, as operações de fusões, incorporações e até mesmo cisões ganharam relevo na política de fortalecimento e aumento da competitividade das empresas. Com a organização em grupos, torna-se mais fácil reduzir custos e obter maior eficiência no desempenho da atividade econômica.²³

Contudo, tais operações podem gerar algum tipo de entrave ao pleno desenvolvimento da livre concorrência, como expõe Fabio Ulhoa:

As operações societárias, a seu turno, podem levar à concentração empresarial. A fusão de duas concorrentes, com expressivas fatias de mercado, gera uma sociedade empresária, com poderio econômico ainda maior, superior à soma dos percentuais que cada uma possuía. Se considerarmos que a fusão, como a incorporação, na lógica da economia de escala, é instrumento de aplicação da capacidade empresarial das organizações envolvidas, a tendência é a de que o *markt share*, após a operação, supere a soma dos índices que essas tinham como autônomas. Até mesmo a cisão pode ser instrumento de concentração, porque é, aparentemente, uma operação societária ligada ao movimento oposto, isto é, à dispersão, e presta-se, por isso, a disfarçar o domínio de mercado.²⁴

A incorporação está prevista nos artigos 1.116 a 1.118 do Código Civil e 227 da Lei de Sociedade Anônima, é a “operação pela qual uma ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.²⁵ Nesse tipo de operação a incorporadora sucede a incorporada em todos os “sentidos”, causando sua extinção, como se pode perceber pelo dispositivo no artigo 219, II da LSA. Nota-se uma criação de uma nova sociedade onde a mesma deve ser averbada na junta comercial.

A fusão é o ato pelo qual, duas sociedades se unem com o objetivo de formar uma nova empresa, mais forte para enfrentar o mercado econômico. Tem fundamento legal nos artigos 1.119 e 1.120 do Código Civil e art. 228 da Lei de Sociedade Anônima.

O ato resultante da fusão extingue as fusionadas, a nova empresa responde pelas obrigações anteriores. Como bem ensina Tavares Borba: “Com a fusão, a nova sociedade sucede às sociedades fusionadas em todos os direitos e obrigações, sendo este também um

²³ ALBINANTE, Renata. **Em Defesa do Mercado**. In Tribuna do Advogado. Ano XXXI. Número 417, OAB/RJ: mar 2004. p. 16-17.

²⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo; Saraiva, 2002. Volume 2. p. 489.

²⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Volume 2. p. 256.

caso de sucessão universal. O capital da nova sociedade corresponde à soma dos patrimônios líquidos das sociedades fusionadas.”²⁶

Podemos citar como exemplo de fusão a operação entre as empresas Brahma e Antarctica que embora tenha sofrido várias restrições, criou-se a Ambev.

A cisão ao contrário das demais reflete a divisão da empresa, pois “transfere para outras, constituídas para essa finalidade ou já existentes, parcelas do seu patrimônio ou a totalidade deste”.²⁷ Há de observar que embora a cisão divida uma empresa, por via de reflexo, pode gerar poder de concentração à medida que o seu patrimônio é transferido para outra empresa.

O ato de cisão pode englobar todo o patrimônio da sociedade cindida, extinguindo-a na forma do art. 219, II da LSA como também apenas uma parcela deste, em que a cindida continuará a existir.

Quanto às responsabilidades transferidas e assumidas, Mônica Gusmão entende haver solidariedade tanto nos casos de cisão parcial, entre as beneficiadas e a cindida, quanto nos de cisão total, entre as empresas que receberam parcelas do patrimônio da cindida: “Na cisão total, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. Na parcial, há solidariedades entre a companhia que subsistir e as que absorverem parcelas do patrimônio”.²⁸

Não tem o mesmo pensamento o doutrinador Rubens Requião que salienta não haver solidariedade no caso de cisão parcial, pois, no caso de cisão parcial, a empresa que receberá parte do patrimônio assume apenas as responsabilidades descritas no ato e, com relação à cisão total, as empresas beneficiadas respondem por todos os direitos e obrigações da cindida:

A sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão, assegurando assim o direito dos credores e terceiros. No caso da cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio líquido transferido sucedem à companhia nos direitos e obrigações não relacionados no ato da cisão.²⁹

²⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. Cit. p. 489.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2002, Volume 2. p. 479.

²⁸ GUSMÃO, Mônica. Op. Cit. 3. p. 77.

²⁹ REQUIÃO, Rubens. Op. Cit. p. 258.

No mesmo sentido é a posição adotada por Tavares Borba, ressaltando que nos casos de extinção da cindida, as empresas que receberem seu patrimônio respondem proporcionalmente ao patrimônio recebido:

A sociedade que absorver parcela do patrimônio da cindida sucedem a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão. As obrigações e os direitos não relacionados permanecerão com a sociedade primitiva, mas, se a cisão se fizer com extinção, àquelas se transferirão na proporção dos patrimônios líquidos para ela deslocados.³⁰

Esclarecidos, portanto, as práticas empresariais que levam as concentrações econômicas, passaremos a abordar as práticas abusivas que as mesmas utilizam para infligirem as normas jurídicas vigentes.

2.2 Práticas abusiva

A classificação das práticas abusivas é estabelecida de acordo com o nível de concorrência gerado ao mercado uma vez que “quanto mais imperfeita for a concorrência mais difícil se torna a ligação entre os compartimentos do mercado”.³¹

Como bem expressa o próprio CADE:

O abuso do poder econômico ocorre toda a vez que uma empresa se aproveita de sua condição de superioridade econômica para prejudicar a concorrência, inibir o funcionamento do mercado ou ainda, aumentar arbitrariamente seus lucros. Em outras palavras poderíamos dizer que o agente abusivo faz mau uso ou uso ilegítimo do poder que detém no mercado.³²

Desta forma, temos que a atividade empresarial constitui infração à ordem econômica quando tende a utilizar o mercado de maneira arbitrária, desvirtuando-o de sua atuação de acordo com a oferta e a procura, rechaçando o instituto da concorrência.

Tais práticas estão descritas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. Em que pese o rol previsto no artigo 21 da Lei 8.884/94, o mesmo é considerado enumerativo, ou seja, o legislador federal não pretendeu com ele exaurir as condutas ensejadoras de infração à ordem econômica. Tal assertiva pode ser comprovada pela expressão “além de outras”, inserida no *caput* do referido dispositivo.

³⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. Cit. p. 491.

³¹ NUSDEO, Fábio. Op. Cit. p. 266.

³² MARQUES, Fernando de Oliveira (Coord.). **Cartilha do Cadê**. In Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações/cartilha.asp>>. Acesso em 23 out 2006.

Assim, analisaremos as principais formas de abuso do poder econômico por meio de atos de concentração, que só serão configuradas como práticas abusivas a partir do momento que as empresas tenham participação significativa no mercado. O próprio CADE expõe as razões que levam o Estado ao controle dos atos de concentração:

- a) “as concentrações tornam a estrutura do mercado menos competitiva, o que, por si só, tende a desencorajar a entrada de novos concorrentes; além disso, as empresas, depois de se associarem, se tiverem adquirido suficiente poder econômico, podem aumentar os preços no mercado;
- b) as concentrações de empresas e a conseqüente concentração de poder econômico, aumentam as oportunidades para um comportamento menos competitivo na medida em que a concentração tende a diminuir o número de concorrentes no mercado;
- c) as concentrações produzem eficiência desejáveis e indesejáveis, por isso é necessário saber distinguir umas das outras, bem como quais são aquelas que surgem a curto, médio e a longo prazo”.³³

É importante salientar que, para configuração de tais infrações, é necessária a análise a partir do exercício de fato do controle empresarial, conforme dispõe o SDE e SEAE:

“Do ponto de vista relevante não há necessária correspondência entre o mero controle acionário (dado indiciário) e a efetiva definição do controle de uma empresa. A autoridade antitruste está antes preocupada com a estrutura dos mercados e com a necessidade de identificar focos de controle na empresa, utilizando para isso os conceitos fundamentais de influência dominante ou influência relevante. A preocupação, nestes casos, estará sempre centrada na presunção de que as decisões mercadologicamente relevantes de uma empresa possam ser influenciadas (ainda que não determinadas) por outra, induzindo a cooperação entre ambas”.³⁴

³³ MARQUES, Fernando de Oliveira (Coord.). **Cartilha do Cadê**. In Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações/cartilha.asp>>. Acesso em 23 out 2006.

³⁴ MINISTÉRIO DA FAZENDA E MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Tratamento Sumário dos Atos de Concentração**. Brasília, fev 2002. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 23 out 2006.

2.2.1 Monopólio

A palavra monopólio deriva do grego *monopôlion*, composta por *monos*, que significa *só*, e *pôlein*, que tem o sentido de vender. A palavra monopólio, portanto, encerra em si o sentido de “venda por si só”.³⁵

Como bem define Sérgio Varella:

Sendo o único vendedor, o monopolista tem pleno controle da oferta, podendo determinar, a seu bel-prazer, qual será a quantidade total ofertada no mercado. Por via de consequência, através da variação das quantidades ofertadas, poderá influir sobre o preço, fazendo-o oscilar de maneira inversamente proporcional ao volume da oferta. Ganancioso, tal como o competidor em concorrência perfeita, procura-se obter o máximo de ganho possível em sua atividade, mas agora, como pode decidir qual será o nível de oferta no mercado, provocará intencionalmente a escassez, afim de que os preços se elevem.³⁶

Tal prática abusiva está prevista no art. 20, II c/c e art. 21, IV da Lei 8.884/94. A conduta descrita neste último dispositivo constitui o principal meio pelo qual o monopolista exerce tal posição, haja vista que outras empresas não conseguem participar do mercado e estabelecer algum meio de competição. Neste sentido é a orientação do Nusdeo:

Manifesta-se aqui em toda a sua plenitude o poder econômico, pois o monopolista está em condições de atuar simultaneamente nas duas variáveis que caracterizam a compra e venda, isto é, o preço e a quantidade. Pode, por conseguinte, reduzir a quantidade oferecida, criando destarte uma sensação de escassez e, ao mesmo tempo, fixar o seu preço tão alto quanto possível.³⁷

Em suma, em situação de monopólio, a sociedade é submetida a uma escassez artificial, provocada pelo monopolista, que controla totalmente a oferta, a fim de maximizar seus lucros. Esta parcela excedente de lucros é retirada da comunidade por força da manifestação do fenômeno do poder econômico e representa, além de ineficiência econômica, injustiça social, no que se refere à repartição de rendas.

³⁵ VAZ, Isabel. **Direito Econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 35.

³⁶ BRUNA, Sergio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.

³⁷ NUSDEO, Fábio, Op. Cit. p. 269.

2.2.2 Oligopólio

A palavra oligopólio deriva do grego: oligos, que significa poucos, associada à pôlein, vender. O sentido do termo é, portanto, o de venda por uns poucos.

É a estrutura de mercado em que um pequeno número de empresas controla a oferta de um determinado bem ou serviço. Os poucos vendedores oferecem produtos similares ou idênticos.

Neste segmento, uma empresa domina o mercado, e muitas outras empresas pequenas concorrem pela fatia restante. A empresa dominante determina o preço de modo a maximizar o lucro, levando em conta o efeito de seu preço sobre a oferta das muitas outras firmas menores.

2.2.3 Cartel

Compreende a união das empresas atuantes em mesmo segmento, através de acordo em que são definidas as atividades comuns às participantes. Esta forma de concentração está descrita nos incisos I e II do artigo 21 da Lei 8.884/94.

Para caracterização desta conduta infracional, é imperiosa a existência de verdadeiro conluio entre as empresas, pois, muitas vezes, a prática empresarial de atuação no mercado é assemelhada em razão da tática de competição e objetivo de auferir lucros.

A estabilidade do equilíbrio no cartel dependerá, entre outros fatores, destarte, da sua maior ou menor capacidade de detectar e de punir desvios de conduta como esse. Todavia, pode-se afirmar que a situação de equilíbrio de preços imposta pelo cartel tende a ser menos estável do que de um oligopólio que se aproxima do equilíbrio de Cournot, anteriormente abordado, já que no cartel sempre valerá a pena violar as regras, aumentando a produção e reduzindo os preços.

No entanto, a comprovação da conduta cartelizadora torna-se difícil vez que na maioria das vezes o conluio não passa de um acordo de cavalheiros, não restando provas escritas. Assim, tem se admitido a produção de prova indireta de modo a provar por vários meios que a atuação assemelhada é oriunda de um cartel.

Embora existam muitas outras práticas que podem gerar infrações à ordem econômica, devemos ter em consideração os objetivos traçados pelo art. 173, § 4º da CF que

menciona a supremacia da concorrência sobre a liberdade de atuação do particular, sob pena de intervenção do Estado. Acerca do assunto, leciona Oscar Dias:

Se não temos a concorrência perfeita, que os clássicos pretendiam existisse, com a atômica, a transparência das operações, a mobilidade do mercado, a fluidez, a homogeneidade dos produtos, mas a concorrência monopolista ou imperfeita, com a molecularidade e a viscosidade, desigualdades de condições das empresas e condições de disputa do mercado, impõe-se que o Estado intervenha para corrigir o abuso ou desvio, quando e se houver e, certamente, haverá.³⁸

2.3 Barreiras ao ingresso de concorrentes

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

Portanto, o nível de equilíbrio é influenciado não só pela concorrência real ou relativa, senão também pela concorrência potencial ou eminente.³⁹ Quando o ingresso no mercado seja extremamente fácil, ainda que seja alto o nível de concentração, as empresas nele atualmente deverão estabelecer seus preços aproximadamente ao nível competitivo, já que, no caso de lucros excessivos, novos concorrentes ingressarão no mercado, aumentando a oferta e reduzindo os preços.

Suponha-se, por exemplo, uma empresa de transportes rodoviários de carga que seja a única atuante em duas pequenas cidades, não havendo nenhuma restrição legal à entrada de outras empresas de transporte para o atendimento da mesma linha. Provavelmente essa empresa, embora em situação de monopólio de fato não poderá cobrar por seu frete um preço muito acima dos níveis competitivos, já que preços excessivos levariam seus clientes a buscar transporte junto a outras empresas do ramo que, interessadas nestes lucros excedentes, rapidamente atenderiam a procura, recolocando seus recursos produtivos extremamente móveis.⁴⁰

³⁸ CORREIA, Oscar Dias. **Liberdade Contratual e Concorrência**. In Revista de Direito Comparado. Número 18. 2000, jan-jun, p. 18.

³⁹ AREEDA, Philip & KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis** – Problems, Text, Cases, Boston – Toronto, Little, Brown & Company (Canada) Limited, 4 edition, 1988 p. 24.

⁴⁰ O exemplo é de AREEDA & KAPLOW, op. Cit., p. 23.

A maior ou menor facilidade de entrada de novos concorrentes é determinada pela intensidade daquilo que se convencionou denominar *barreiras à entrada*, ou *barreiras ao ingresso*. Para os propósitos da disciplina jurídica do poder econômico, tem-se por barreiras à entrada os fatores existentes em um dado mercado que permitam às empresas nele atuantes auferir preços superiores aos puramente competitivos sem serem ameaçados pela entrada de novos concorrentes.⁴¹

Areeda & Kaplow fazem três advertências acerca do conceito de *barreiras à entrada*:

Em primeiro lugar, observam que as barreiras à entrada não têm caráter absoluto: aquelas que barram algumas empresas podem não ser capazes de deter outras e, normalmente, mais do que impossibilitar, elas apenas retardam o ingresso de novos concorrentes.

A segunda advertência é que a avaliação da magnitude das barreiras não depende somente da análise de dados objetivos senão também das expectativas individuais dos concorrentes potenciais a respeito de qual será o resultado de seu ingresso no mercado. Assim, modestos lucros excedentes podem incentivar a entrada de novos produtores, caso eles esperem que o aumento de produção daí decorrente não seja capaz de eliminar tais ganhos, enquanto lucros maiores poderiam não ser capazes de atrair tais concorrentes potenciais, caso eles supusessem que, com a sua entrada, os lucros, cairiam a níveis insuficientes para justificar seus investimentos.

Por último, ressaltam que as barreiras podem não só obstruir a entrada de novos concorrentes, mas também impedir a expansão dos atuais pequenos competidores, que já estão no mercado.

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

Como bem ensina Sergio Varella

A existência de barreiras à entrada não justifica, por si só, a atividade antitruste do Estado: as barreiras constituem apenas um dos elementos que devem ser levados em conta quanto da aplicação das normas jurídicas que versam sobre o poder econômico e a tutela da concorrência. Com efeito, há barreiras que podem ser caracterizadas como naturais, pois são inerentes às próprias características do mercado, como geralmente é o exemplo das economias de escala. Outras, no entanto, podem ser erigidas pelos detentores de poder

⁴¹ Citando J. Bain (Barriers industries, 1962), Hovenkamp (op. Cit p. 39), assim define o conceito: “For antitrust purposes, a barrier to entry is some factor in a market that permits firms already in the market to earn monopoly profits, while deterring outsiders from coming in”.

econômico, e serão classificados como artificiais. Tal seria o caso da empresa que comprasse todas as patentes dos produtos potencialmente concorrentes ao seu, para não explorá-las. Como é intuitivo, as barreiras artificiais serão objeto da ação repressora do Estado com mais frequência do que as naturais.⁴²

E finaliza:

Constituem barreiras à entrada todos os fatores que permitam ao agente econômico elevar seu preço por sobre o nível puramente competitivo, sem sofrer intensificação da concorrência. Na análise da intensidade de tais barreiras, não só a possibilidade de a elevação de preços causarem a reação dos concorrentes potenciais será levada em conta, mas também o tempo necessário para que esta reação se concretize, pois, como é intuitivo, quanto maior for esse tempo, maior será a magnitude da barreira.⁴³

⁴² BRUNA, Sergio Varela. Op. Cit. p. 58.

⁴³ BRUNA, Sergio Varela. Op. Cit. p. 61.

3 O PODER ECONÔMICO E SUA CARACTERIZAÇÃO

3.1 Considerações prévias

Para que possamos alcançar o objetivo final deste trabalho, que é o de abordar o conceito de abuso do poder econômico, torna-se necessário dar atenção a dois conceitos básicos, quais sejam: as noções de mercado relevante e de posição dominante. Sem a compreensão do que seja mercado relevante e posição dominante, portanto, não é possível examinar o conceito de abuso do poder econômico.

Analisando a Lei 8884/94 constata-se que um dos conceitos mais trabalhados pelo legislador é o de mercado relevante. Todavia, a Lei não traz em seu corpo normativo a definição deste. Trata-se, portanto, de um conceito em aberto que caberá ao aplicador da lei construir. O legislador inaugura um dilema e deixa a pergunta sobre o real sentido de mercado relevante. Caberá aos estudiosos do Direito Econômico esta perquirição para que venham a aplicar a norma. No dizer de Fábio Konder Comparato⁴⁴, para “se compreender um instituto jurídico, não basta analisa-lo estaticamente, mas importa, também, observar e discutir os problemas que suscita a sua aplicação na vida social, ou seja, estudá-lo sob o aspecto dinâmico. *A fisiologia completa a anatomia*”.

3.2 Mercado relevante

3.2.1 A noção de mercado

O conceito de mercado relevante é uma das peças centrais da moderna teoria de defesa da concorrência. Constitui o ponto de partida da análise das autoridades antitruste no que tange à avaliação do escopo dos problemas concorrenciais no âmbito tanto de atos de concentração como de processos envolvendo abuso de posição dominante.

Contudo, a Lei nº. 8.884/94 não nos explica de maneira clara o que vem a ser "mercado relevante", deixando para o seu aplicador a tarefa de buscar e concretizar o sentido ali contido. Depende, pois, sua exequibilidade do complemento de outras normas jurídicas, procedentes de outra instância legislativa. Neste caso, inexistente outro diploma a regular as concentrações que melhor explicita o conceito de "mercado relevante".

⁴⁴ O poder de controle nas sociedades anônimas, 3.ed., p. 257 (grifamos).

Na acepção física, mercado denota “praça pública onde se vendem víveres e outros gêneros”, ou ainda “edifício público dividido em compartimentos apropriados e destinados à venda de víveres e outros gêneros”, bem como “povo ou cidade onde há transações comerciais extremamente desenvolvidas; centro de comércio”.⁴⁵

Em sua dimensão abstrata, a palavra mercado expressa “permutação ou troca de produtos e/ou valores; o comércio”, ou “a relação estabelecida entre a oferta e a procura de bens e/ ou serviços e/ou capitais”, ou ainda “o conjunto de pessoas e/ ou empresas que oferecendo ou procurando bens e/ou serviços e/ou capitais, determinam o surgimento e as condições dessa relação”.⁴⁶

Como bem ensina Sérgio Varella Bruna “no sistema capitalista, é o mercado o grande responsável pela orientação do emprego dos recursos produtivos. Sob esse prisma, o mercado é tido como um sistema: um único e grande espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos”.⁴⁷

Enfim, necessário se faz delimitar qual espaço econômico em que os agentes econômicos contracenam, a fim de apurar qual o nível de concorrência e o volume de poder econômico por eles desfrutados, tal espaço econômico denomina-se mercado relevante.

3.2.2 Noção jurídica de mercado relevante

As noções de poder de mercado e de mercado relevante a um tempo econômicas e jurídicas são relacionadas de forma muito estreita. Assim, como um mercado só é relevante para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais se for um espaço econômico no qual algum “poder de mercado” tenha possibilidade a priori de ser exercido, este último, por sua vez, também pressupõe obviamente uma definição de mercado tal que ele possa ser exercido. A única diferença, é que o mercado relevante para uma determinada análise concreta é o menor mercado no sentido de menor preço econômico que permite esse exercício; com o que mercados mais agregados que o relevante, se existirem, poderão também ensejar exercício (inclusive abuso) de poder de mercado.

⁴⁵ CALDAS Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Delta, Edição Brasileira, 4. ed., vol. IV, p. 3.223.

⁴⁶ CALDAS Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Delta, Edição Brasileira, 4. ed., vol. IV, p. 918.

⁴⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. Revista dos Tribunais, 1. ed. 2ª tiragem, p.75-São Paulo 2001.

A solução para deslindar a questão do conceitualismo de "mercado relevante" está no estudo de estruturas conhecidas da Ciência Econômica. Isto ocorre porque a legislação antitruste recebe valores econômicos e disciplina relações complexas que englobam a produção, distribuição e circulação de mercadorias – a razão de ser da Economia –, sujeitando-as às suas próprias estruturas e fins, tornando relações dinâmicas e em constante mutação em relações jurídicas, na medida e enquanto os integra em seu ordenamento jurídico.

Na análise do problema concorrencial, como se vê, importa verificar quais os produtos que concorrem entre si, compondo um mercado apartado dos demais, ou seja, qual o mercado que deve ser considerado relevante, para fins da disciplina jurídica do poder econômico e da tutela da concorrência.⁴⁸

O conceito de mercado teve sua gênese no Direito norte-americano, no caso *united States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co (47- 351 U.S. 377 (1956))*. ***Doravante simplesmente o Caso Du Pont.***

A *du pont* uma produtora de papel celofane, foi acusada pelo Governo Americano de monopolizar o mercado de celofane, infringindo a seção segunda do *sherman act*. Com efeito, segundo a decisão em comento, durante o período abrangido pelo processo, a *du pont* fora responsável por aproximadamente 75% de todo papel celofane produzido nos Estados Unidos. Sua principal concorrente, uma empresa denominada Sylvania, tivera sua participação de mercado limitada a cerca de 20% das vendas, por força de um acordo de licença de patente mantido com a própria *Du Pont*, onde foram estabelecidos royalties progressivos, de acordo com a escala de produção, que virtualmente impediavam o aumento da participação da concorrente.

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

No caso *Du Pont*, a alta corte americana entendeu que o mercado relevante, para os propósitos da política antitruste, seria representado pelo mercado de materiais flexíveis para embalagem, ao invés de somente pelo mercado de papel celofane. No mercado de materiais

⁴⁸ BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. Revista dos Tribunais, 1. ed. 2ª tiragem, p.77-São Paulo 2001.

para embalagem, tendo em vista que o celofane representava apenas 20% do total dos materiais consumidos, a Suprema Corte entendeu, em consonância com o que já havia entendido o juízo *a quo*, que a *Du Pont* não detinha suficiente *poder monopolístico*, absolvendo-se da prática do delito previsto na secção segunda do *sherman act* (monopolização ou tentativa de monopolização de atividade).⁴⁹

Observa-se que a Suprema corte valeu-se da elasticidade cruzada da procura para a sua decisão, que em linhas gerais representa a variação da procura por um determinado produto, em proporção às variações de preço de outro produto que lhe seja concorrente.

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

Hovenkamp⁵⁰ conceitua mercado relevante como o menor grupo possível de operações de compra e venda no qual a elasticidade da procura e oferta se apresentem suficientemente baixas, a ponto de tornar possível a uma empresa hipotética, que detivesse 100% de participação em tal mercado, aumentar de forma lucrativa os preços, apreciavelmente acima dos seus custos marginais, através da redução do volume ofertado.

A identificação de mercado relevante, porém é um pouco mais complexa, pois vai além de alguns conceitos supracitados tendo, portanto, que ser avaliado três aspectos quais sejam, a dimensão da procura, a da oferta, e a dimensão geográfica.

Sob o aspecto da procura, sabemos que a maior ou menor intensidade com que os consumidores exerçam a sua opção entre um e outro produto, segundo variações de preço, será expresso pelo índice de elasticidade cruzada da procura. Embora a elasticidade cruzada da procura seja importante para determinação de um mercado relevante, não podemos se ater

⁴⁹ BRUNA, Sérgio Varella. Op. Cit. p. 78.

⁵⁰ HOVENKAMP, Herbert, Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice, St. Paul, West Publishing Co., 1964 p. 83: "A relevant market is the smallest grouping of sales for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that grouping could profitably reduce output and increase price substantially above marginal cost".

somente a esse aspecto, precisamos levar em consideração outros fatores relevantes para caracterização desse mercado.

Como bem explica Sérgio Varella, “a elasticidade cruzada de procura revela-se muito útil na tarefa de dimensionar o mercado relevante, principalmente em termos não só da possibilidade técnica de substituição entre produtos, mas também no que se refere às preferências efetivas dos consumidores. Todavia, outros fatores também devem ser considerados, pois a possibilidade de substituição entre produtos não é um dado absoluto, mas sim uma questão de grau. Um produto pode ser considerado pelos consumidores como um substituto razoável de outro, quando este esteja sendo negociado por seu produtor ao preço de monopólio. Mas os consumidores poderiam não considerar essa possibilidade de substituição caso tal produto estivesse sendo vendido a preços competitivos, o que claramente colocaria os produtos em questão em mercados diferentes. Não se deve, pois, superestimar a importância da possibilidade de substituição, mais precisamente, da existência de alta elasticidade cruzada de procura, já que ela sozinha não demonstra a ausência de poder econômico”.⁵¹

Com isso ousamos dizer que no Caso *Du Pont*, primeiramente a Suprema Corte deveria verificar se os custos com tecnologia de produção, desing dos produtos eram os mesmos, isto seria indicativo de que os produtos realmente integram o mesmo mercado relevante. Posteriormente, fazer um levantamento se há lucros excessivos (monopólio) e num terceiro passo fazer um quadro comparativo sobre as movimentações de preços dos produtos ocorridas no passado, a fim de se apurarem as estabilidades de preços de ambos para determinar se realmente integram o mesmo mercado, e não somente levar em consideração a elasticidade cruzada da procura para decisão do caso.

Sob o aspecto da oferta, portanto, e tarefa de delimitar o mercado relevante reside principalmente em examinar a elasticidade da oferta. Nesse contexto, dois fatores serão de suma importância: a existência de eventual excesso de capacidade instalada e a *possibilidade de Expansão*⁵² dos competidores de um lado e, de outro, a possibilidade de ocorrer um *influxo de produção externa*, oriunda de outros mercados geográficos, atraídas por eventual aumento de preços capaz de justificar os maiores custos de transportes e distribuição. Nesse segundo aspecto, a possibilidade de importância de mercados internacionais assume especial relevância.

⁵¹ BRUNA, Sérgio Varella. Op. Cit. p. 89.

⁵² AREEDA & KAPLOW. Op Cit, p. 579.

Já a dimensão geográfica de mercado relevante fica vinculada a custos de transporte e distribuição.

Conforme conceitua Hovenkamp, o mercado geograficamente relevante é aquele em que uma empresa detentora de poder econômico seja capaz de aumentar seus preços sem que: 1) seus clientes passem imediatamente a se abastecer de produtos semelhantes em fontes de suprimento situadas em outras localidades; e sem que 2) empresas concorrentes, sediadas e, outras localidades geográficas, redirecionem sua produção para a localidade em apreço, afim de aí oferecerem seus produtos sucedâneos. Caso o aludido aumento de preços venha a ensejar um aumento na concorrência, por qualquer uma dessas duas hipóteses, teremos de ampliar a dimensão geográfica do mercado em análise, seja porque, no primeiro caso, a procura não é suficientemente inelástica, ou porque, no segundo, a oferta não é.⁵³ Nesse sentido, determinar qual seja, o mercado relevante é determinar a área em que as empresas nela situadas tenham uma vantagem de custo sobre as empresas localizadas fora dessa mesma área. Isso permitirá às empresas incluídas em tal área estabelecer seus preços tanto acima dos níveis competitivos quanto maior for a magnitude dessa vantagem de custos.⁵⁴

Em suma, como podemos perceber não somente a elasticidade da procura nem tão quanto da oferta devem ser consideradas isoladamente na análise de um mercado relevante sobre determinado produto, mas sim o conjunto de fatores das mesmas agregadas a delimitação geográfica.

3.3 Posição dominante

3.3.1 Considerações iniciais sobre posição dominante

Modesto Carvalhosa⁵⁵ invocando o ensinamento de Hossiaux, definiu poder econômico como:

A capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apenas ou além das leis concorrenciais de mercado.

⁵³ HOVENKAMP. Op. Cit, p.108.

⁵⁴ HOVENKAMP. Op. Cit, p.112.

⁵⁵ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. **Poder Econômico e Fenomenologia**: seu disciplinamento jurídico. São Paulo: Ed. RT, 1967. p.2.

Afirmando ainda que tal independência não é absoluta, já que “ a capacidade da decisão e de escolha é comparativamente grande, porém, não ilimitada”.

Nota-se que o poder econômico, portanto, expressa condição de independência, ou seja, quando se toma decisões econômicas as mesmas não se levam em conta o regime concorrencial correto, puro.

Para efeitos de sua disciplina jurídica, poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. Poder econômico é não só, mas fundamentalmente, o controle sobre os preços, uma vez que a concorrência, muito embora também possa ocorrer em relação à quantidade dos produtos (concorrência não de preços ou concorrência pela qualidade), com muito maior frequência terá nos preços seu foro principal.⁵⁶

Ousamos dizer que tendo apenas um agente econômico que não seja o único a atuar no mercado pode deter poder econômico tal que lhe permita atuar de forma independente e com indiferença à existência ou até mesmo comportamento dos demais agentes. Na ausência de um ambiente concorrencial, o agente econômico titular de razoável poder não sofre maiores pressões de competidores. Neste caso, a posição dos pequenos agentes será sempre de sujeição ao comportamento da outra empresa. Modesto Carvalhosa em 1967 dizia que:

Caracteriza-se, assim, o poder econômico pela capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não restringe às leis concorrenciais do mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais do mercado. (Poder econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico, p. 2).

Ensina Pula A. Forgioni que não é necessária a completa ausência de concorrências no mercado para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau que influencie, de forma significativa, o comportamento do “monopolista”. A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo outros agentes econômicos a práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado. Basta a influência, o poder de determinar as regras do jogo de

⁵⁶ BRUNA, SÉRGIO Varella. Op. Cit. p. 105.

forma unilateral independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado.⁵⁷

3.3.2 A noção jurídica de posição dominante

Professor Shieber denominou-se a expressão dominar mercados nacionais⁵⁸, valendo-se do conceito de mercado relevante, tema já abordado anteriormente. Sua denominação é oriundo do Direito norte americano, como sinônimo de mercados nacionais. Para ele o verbo dominar tinha dois significados, um mais intenso significando acima de, estar sobranceiro a alguma coisa e um menos intenso, de exercer autoridade ou poder sobre algo. Diante desses dois sentidos da palavra, manifestou-se o entendimento de que o termo dominar mercado nacionais deveria ser tido na acepção mais branda do verbo dominar, de forma a permitir que se enquadrassem, na mencionada expressão legal, as situações em que não houvessem propriamente um monopólio, ou uma empresa substancialmente mais forte do que as demais, mas também aquelas em que houvessem poucas empresas detentoras de grande influência sobre o mercado, ou seja, uma hipótese de dominação coletiva. Com isso, buscou também colocar os oligopólios sob o regime da Lei 4.137/62.⁵⁹

Já para Pontes de Miranda⁶⁰, a expressão dominar mercados nacionais significa, “ficar em condições de poder impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, ou ser talante, as ofertas”.

Nota-se, porém, que não foi o direito norte americano que inspirou o legislador brasileiro no conceito de posição dominante.

Ensina Sérgio Varella⁶¹ “com efeito, o art. 86 do tratado de Roma, da comunidade Econômica Européia, firmado no ano de 1957, qualifica de incompatível como mercado comum o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

⁵⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 2. ed., 2ª tiragem revista e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.314, 315, 316.

⁵⁸ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico** (Direito e experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A), São Paulo: Ed. RT, 1966. p.49.

⁵⁹ Cf. Op. Cit., p. 51.

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentário a Constituição de 1946**. Vol. IV, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. p. 28.

⁶¹ BRUNA, Sérgio Varella. Op. Cit. p. 107.

Comentando o art. 86, Goyder⁶² afirma que o termo dominação é uma palavra abstrata, que quando usada no contexto comercial se refere a uma posição de poder em relação ao mercado definido segundo as características do produto(s) dele integrante(s) (*product market*), e segundo seus limites geográficos (*geografic market*).

Como se vê, na comunidade Européia, a caracterização da posição dominante pode decorrer de várias circunstâncias dentre as quais uma larga participação de mercado assume especial relevância. Entretanto, também outros fatores devem ser levados em conta, como as próprias características do mercado e mesmo a existência de barreiras à entrada.⁶³

Releva notar que na comunidade européia, tal como ocorre entre nós, a posição dominante não é ilícita em si, mas tão somente o seu exercício de forma abusiva adentra o campo da ilicitude.

No direito brasileiro o conceito de posição dominante foi adotado pela lei 8.884/94.

A mesma lei qualificou como infração a ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante. Criticando tais dispositivos da mencionada lei Sergio Varella⁶⁴ escreve que

Não se pode deixar de mencionar que, ao fazê-lo, tratou do assunto através de duas disposições redundantes. O inciso IV do art. 20 estabeleceu configurar violação da ordem econômica o fato de alguém *exercer de forma abusiva posição dominante*. Ao mesmo tempo, o inciso II do mesmo artigo também qualificou de infração à ordem econômica o ato de *dominar mercado de bens ou serviços*. O § 2.º de tal artigo, contudo, declarou lícita a dominação de mercado, quando decorrente de conquista de mercado fundada na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores.

Assim, como se vê, tanto o inciso II quanto o inciso IV incriminam somente o exercício abusivo de posição dominante, o qual em nada difere do fato de *dominar mercados nacionais* por meio de práticas abusivas. Bastaria, pois, para se atingirem finalidades visadas pela lei, a disposição contida no inc. IV, mais técnica e melhor redigida, sendo despecienda a análise do inciso II do art. 20.

Quanto ao conceito de posição dominante a Lei 8.884/94, trouxe em seu artigo 20, § 2.º a seguinte redação:

Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário adquirente ou financiador de um produto, serviço, ou tecnologia a ele relativa.

⁶² BRUNA, Sérgio Varella. Op. Cit. p. 108. apud. Goyder, D.G., **EC Competition Law**, Oxford, Clarendon Press, 2. edition, 1992 p. 339.

⁶³ BRUNA, Sérgio Varella. Op. Cit. p. 109.

⁶⁴ Op. Cit. 112.

Observa-se que a lei admite, portanto, a existência da posição dominante coletiva, já que se refere a empresa ou grupo de empresas. Em seu § 3º expressa que a posição dominante seria presumida quando a empresa ou grupos de empresas controlassem 20% (vinte por cento) de parcela substancial de mercado relevante.

Porém temos críticas com relação a definição legal, pois, a mesma não traz em si todos os elementos necessários para a caracterização de posição dominante no direito brasileiro.

Segundo Fábio Konder Comparato⁶⁵, a palavra “controle” é um neologismo no idioma português, que tem origem na língua francesa, mas que entre nós também sofreu nítida influência do inglês. Estas duas influências levaram o termo a significar, em português, não só “a vigilância, verificação, fiscalização”, como também “o ato ou poder de domina, regular, guiar e restringir”⁶⁶. Segundo afirma Comparato, entre nós, por acentuada influência da língua inglês, a palavra controle cada vez mais vem sendo utilizada em nossas leis, ou no sentido forte de *dominação*, ou na acepção mais branda, de *disciplina* ou *regulação*⁶⁷.

Ousamos em dizer que quando a lei fala em controle de parcela substancial de mercado relevante a palavra “controle” deve ser utilizada em seu sentido forte como posição dominante e não em sua acepção mais branda como vimos acima, pois a posição dominante de um agente com o poder de impor preços muito acima de seu custo marginal deve ser entendida no sentido de que a independência e indiferença do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição.

O CADE já se manifestou a respeito: “Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência”.⁶⁸

No dizer de Sérgio Varella⁶⁹

posição dominante é aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder, **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed. 1983 p. 11.

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Conder. Op. Cit. p. 14.

⁶⁷ Op. Cit. p. 15.

⁶⁸ Voto da conselheira relatora Neide Terezinha Malard, no Processo Administrativo 31, j. 6.10.1993 (Fiat x Transauto), Revista do Ibrac, v. 2, n. 1, fev. 1995, p. 84.

⁶⁹ Op. Cit p. 115.

atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante.

No dizer de Carvalhosa, “posição que confira a seu titular “uma capacidade decisória que transcende às leis concorrenciais”, e cujo exercício abusivo possa prejudicar a concorrência em nível juridicamente relevante.”

Em suma, como bem expressa Sérgio Varella, resta, pois, a questão de investigar qual o grau de controle sobre os preços que deve ser considerado suficiente para ter-se por caracterizada a posição dominante, cujo, exercício abusivo seja capaz de prejudicar a concorrência em nível juridicamente relevante. Tal será, sobretudo, uma questão de fato, que comporta duas dimensões: a) uma sobre quanto poder sobre os preços será necessário, e b) outra sobre como medir esse poder.⁷⁰

⁷⁰ Op. Cit. p.116.

4 ABUSO DO PODER ECONÔMICO

4.1 O poder econômico e a necessidade de sua identificação

A Constituição Federal de 1988 expressa que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁷¹. Sérgio Varella⁷² observa “que o poder econômico é tido com um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular, desde que observados os ditames dessa mesma ordem econômica”. Outra interpretação seria inconstitucional, tendo em vista o dispositivo no art. 170 da Constituição da República. Ainda comentando os dispositivos da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda de 1969, esclarece Miguel Reale:

Dessarte, todo o abuso de poder econômico redundará, no mais das vezes, em desvio de poder econômico, pois o poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade, como a nossa, regida por normas constitucionais que consagram a “liberdade de iniciativa”, a ‘função social da propriedade’ a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção’ e a ‘expansão das oportunidades de emprego’” (Abuso do poder econômico e garantias individuais, José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, Poder econômico: exercício e abuso, p. 521). Apenas a título de complementação, a transcrição de parte do voto da conselheira relatora Neide terezinha Malard, no caso Fiat x Transauto: “Diga-se, porém, que o princípio da livre concorrência não conduz à antijuridicidade do poder econômico. O sistema adotado pelo texto constitucional não o dá per se condemnatione, mas o dá regra da razão, o que vale dizer que o poder econômico só pode ser reprimido quando orientado à dominação do mercado ou quando atua de forma lesiva à concorrência” (Revista do Ibrac, v. 2, n. 1, p. 82).

José Afonso da Silva⁷³ e Eros Grau⁷⁴ mencionam o pensamento de Farjat, para quem “fenômenos como os acordos, as posições dominantes, as práticas restritivas e as concentrações não são, em si mesmos, fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado industrial a ordem privada econômica”.

Nota-se, portanto, a necessidade de identificação do poder econômico para que possamos também identificar quando esse próprio poder mostrará abusivo.

⁷¹ Art. 173, § 4º.

⁷² Op. Cit. p. 129.

⁷³ Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª. Ed. RT, p. 667.

⁷⁴ A ordem econômica na Constituição de 1988..., cit., p. 230.

4.2 Livre concorrência

JOSÉ AFONSO DA SILVA argumenta que:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado coibir este abuso.⁷⁵

CELSO BASTOS, por sua vez, assevera que:

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.⁷⁶

Cada agente econômico é livre para empreender suas atividades produtivas, escolhendo-as e desenvolvendo-as livremente, sem interferência do Estado. Todavia não se trata de uma liberdade ampla, de caráter absoluto, mas sim de uma liberdade regulamentada pelo poder público. Liberdade que só é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social.

Para Eros Roberto Grau⁷⁷ a livre iniciativa é um conceito extremamente amplo, que não se limita à liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa. Para tal autor, não se pode vislumbrar na afirmação constitucional da livre iniciativa apenas uma afirmação do capitalismo. A ela, livre iniciativa – prossegue -, a Constituição somente opõe a iniciativa do Estado (apesar de não excluir), pois a livre iniciativa não se expressa somente pela liberdade de empresa, senão também pela liberdade de trabalho. A livre iniciativa, aliás, por ser um modo de expressão do trabalho, é corolário da valorização constitucional do trabalho humano: o trabalho livre. Enfim, a livre iniciativa, para o prof. Eros Grau, é um aspecto da própria

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 876.

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 807.

⁷⁷ A ordem econômica na constituição de 1988, cit., p. 221 e 223.

liberdade, em virtude do que não se restringe somente à empresa, já que ela, liberdade, é um atributo inalienável do ser humano.

Ensina Sérgio Varella⁷⁸ que é em sua faceta de liberdade de iniciativa empresarial que o princípio da livre iniciativa assume maior relevância jurídica, ao menos sob o ponto de vista prático.

Com efeito, a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquela que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos.⁷⁹

4.3 Abuso do direito e abuso do poder econômico

O abuso de direito, de que constantemente se trata, seja, na doutrina ou na jurisprudência, e que hoje é consagrado em inúmeros diplomas legais, é um instituto que, já existindo no direito romano, teve extraordinário desenvolvimento no final do séc. XIX e no início deste século.

A realidade do Abuso de direito, não obstante, foi claramente percebida por juristas franceses e italianos que, no final do século passado e no limiar deste, promoveram uma verdadeira efervescência da teoria do abuso de direito.

Conforme a doutrina,⁸⁰ duas teorias diversas buscam explicar o instituto do abuso do direito, quais sejam, a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

Segundo os adeptos da teoria subjetiva, o abuso do direito se verifica quando o titular de um direito subjetivo, muito embora o exercendo dentro de seus limites formais, fizesse-o imbuído de intenção de prejudicar terceiro. Aqui, o abuso do direito seria uma modalidade de culpa delitual. Quando ausente essa intenção de prejudicar, o exercício do direito seria regular. Todavia, ainda quando desprovido de tal intenção, o titular de um direito

⁷⁸ Op. Cit. p. 134.

⁷⁹ BRUNA, Sérgio Varella. Op. Cit. p. 137.

⁸⁰ BRUNA, Sergio Varella, p. 158, citando MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito.** Freitas Bastos, 1941, p. 249 e Paulo de Araújo Campos, Abuso do Direito, dissertação de mestrado.

subjetivo seria civilmente responsável quando o exercesse de forma negligente ou imprudente (hipótese em que se configuraria um quase-delito)⁸¹.

Já segundo os objetivistas, o relevante seria considerar o caráter anti-social do exercício do direito, não sendo preciso “deter-se no duro e penoso exame dos motivos íntimos que teriam presidido à deliberação do agente”.⁸²

Abordando a questão, o saudoso mestre Silvio Rodrigues é enfático quando afirma: Acredito que a teoria (do abuso do direito) atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.⁸³

A forma de explicar a licitude ou ilicitude dos efeitos decorrentes do uso ou abuso da posição dominante com base no abuso do direito, hoje positivado no art. 187 do Código Civil⁸⁴ trouxe críticas de alguns doutrinadores.

Para essa corrente de doutrinadores no caso de abuso do poder econômico, o direito de que abusa é a liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, ou seja, todos os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal.

Ensina Paula A. Forgioni em sua obra que:

o poder econômico não é um direito, mas sim um fato, uma situação (fática) que proporciona ao agente econômico indiferença e independência em relação aos outros agentes, às leis do mercado. Assim, o “abuso do poder econômico” não trataria do abuso de um direito, mas sim do abuso de um “fato”, de uma posição (e não de um poder derivado de um direito, assegurado pelo ordenamento jurídico)⁸⁵.

E continua:

quando se diz que há abuso de direito de propriedade, identifica-se o mau uso de um direito que é atribuído ao sujeito pelo ordenamento jurídico (o direito de propriedade). Ao invés, quando falamos de “abuso do poder econômico”, não há um direito a que possamos nos referir e que atribua ao agente o “poder econômico” ou sua situação de independência e indiferença. No máximo, o poder econômico deriva da utilização de uma liberdade econômica (v.g., liberdade de concorrência), mas não é por esta instituído.⁸⁶

⁸¹ Cf. Paulo de Araújo Campos, op. Cit., p. 59.

⁸² Cf. Pedro Baptista Martins, op. Cit., p. 249.

⁸³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** - Parte geral, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁸⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

⁸⁵ Op. Cit. p. 324.

⁸⁶ Op.cit. p. 324, 325.

Sobre o assunto Paula A. Forgioni finaliza citando Vicent Ráo:

Considerar a repressão ao abuso de direito como um princípio, que embasa o nosso ordenamento jurídico, e não se refere, exclusivamente, à proteção de esferas de direitos e interesse privados. Sob esse prisma, a repressão ao abuso do poder econômico pode também ser entendida como a coibição ao abuso dos direitos de liberdade econômica, visando à implementação de uma política pública. Por óbvio, nesta hipótese, resta o problema de delimitar-se o que seria “uso” do “abuso” do poder econômico, questão de difícil – senão impossível – solução por fórmula geral. Repetimos, todavia, que não poderá haver abuso do poder econômico sem prejuízo para a concorrência, ou sem o aumento arbitrário de lucros.⁸⁷

Com relação ao tema, ou seja, abuso do direito, não cabe um maior aprofundamento com relação às doutrinas e suas caracterizações que seria objeto de uma outra monografia, importante apenas delimitar sua atuação para situar ou não o abuso do poder econômico visto que a intenção é apenas introduzir o tema para um melhor entendimento do abuso do poder econômico objeto principal de nossos estudos.

Para adentrarmos na conclusão do presente trabalho, ou seja, o conceito de abuso do poder econômico deve-se ter em vista como bem ensina Sergio Varella em sua obra que: a disciplina antitruste não é estabelecida em favor dos interesses individuais dos concorrentes, mas sim do interesse da sociedade como um todo. Não se destina essa modalidade de ação estatal à proteção de direitos individuais dos concorrentes, mas sim a preservação dos mecanismos de mercado, considerado este enquanto elemento integrante de uma *técnica de produção social*. É certo que muitas vezes essa atividade coincidirá com os interesses dos concorrentes lesados, mas isso ocorrerá apenas acidentalmente.⁸⁸

⁸⁷ Op. Cit. p. 326-327.

⁸⁸ Op. Cit. p. 169.

CONCLUSÃO

Como conclusão do presente trabalho abordaremos a conceituação do abuso do poder econômico e sua inserção no campo de estudo do Direito Econômico. Por óbvio, nesta hipótese, resta o problema de delimitar-se o que seria “uso” do “abuso” do poder econômico, questão de difícil solução, portanto, não pretendemos confrontar nem adentrar no interminável debate de conceituação do Direito Econômico que também poderia ser objeto de outra monografia.

Diversamente do que ocorre com a doutrina do abuso de direitos de exclusiva, a noção de abuso de poder econômico presume uma análise de uma situação de mercado e de poder de mercado. Fruto de uma elaboração jurídica diversa da prática americana antitruste, tal noção não se contrapõe necessariamente à medula do Sherman Act.

Como nota Corwin Edwards ⁸⁹.

Em alguns países, o conceito de ação contrária ao interesse público é definido na frase ‘abuso do poder econômico’, que resume atitudes desenvolvidas durante vários séculos, pela inter relação de instituições religiosas, políticas e econômicas. O termo é perfeitamente entendido por aqueles que com ele se familiarizaram, embora não tenha sentido para um observador norte-americano. Antes da reforma, a atitude da igreja era de não desafiar a existência do poder econômico temporal, nem preocupar-se com a sua concentração, mas aceitando as hierarquias do poder, insistir para que tal poder fosse moralizado e se tornasse religioso. Toda a conquista de poder trazia uma correspondente conquista de deveres. O fracasso em assumir seus deveres instituía uma conduta imoral e irreligiosa. Essa concepção é claramente uma precursora do conceito legal atual de abuso do poder econômico, a qual sobreviveu à Reforma, não somente nos países católicos, mas também naqueles países nos quais o protestantismo adotou a concepção de que as atividades comerciais privadas têm deveres morais correspondentes à sua autoridade.

O órgão de defesa da concorrência brasileiro assim definiu, apoiando-se em autores jurídicos, o que seria poder de mercado:

Modesto Carvalhosa, invocando os ensinamentos de Hossiaux, define o poder econômico como “a capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das lei concorrenciais de mercado”. Em comentário ao conceito acima transcrito, Sérgio Varela Bruna afirma: “(...) A situação de poder econômico (...) expressa a condição de independência na tomada das decisões econômicas, ou seja, a possibilidade de se tomar decisões fora dos limites que o mercado imporia em regime concorrencial puro.” ⁹⁰

⁸⁹ Apud Alberto Venâncio Filho, A intervenção do Estado no Domínio Econômico, Fundação Getúlio Vargas, 1967, págs. 291 e 292.

⁹⁰ Procedimento Administrativo N° 08012.005660/2003-19, Representante: Intermarítima Terminais Ltda., Representados: Tecon Salvador S/A.

A noção resulta da tradição da Economia Política, de que as relações econômicas são “permeadas de relações de poder entre diferentes agentes”. Nesse campo, a definição de “poder econômico” se constrói em duas etapas lógicas e históricas:

Em particular, do ponto de vista jurídico, por mais indeterminada que seja a noção de poder econômico é complexa a sua conceituação, trata-se de formar juízo sobre seu exercício supostamente abusivo, o que impõe inexoravelmente a fixação de critérios objetivos (...) a noção de poder de mercado é um pouco mais familiar e manejável na análise econômica, sendo ademais, claramente, a forma básica pela qual o poder econômico é exercido no âmbito dos mercados. (...) poder de mercado é simplesmente - e de forma algo simplista - definido como poder de fixação discricionária de **preços** num dado mercado.

A visão clássica do poder de mercado, assim, na tradição que indicamos ser a de Adam Smith, concentra-se no índice “preço” e na capacidade de manipulação deste como denotação de poder. No entanto, esse poder, a partir de certo momento da doutrina econômica, não se caracteriza necessariamente como nocivo à economia e ao direito:

(...) a possibilidade de auferir lucros monopolísticos - e com isso deter algum **poder de mercado** - passa a ser vista como um fenômeno **normal** no âmbito do processo competitivo, e não mais necessariamente como uma anomalia condenável por intrinsecamente oposta ao bem-estar social e ao interesse dos consumidores. Não só o poder de mercado passa a ser tolerável, a menos de seu exercício **abusivo** - como a jurisprudência de defesa da concorrência, bem mais que a ortodoxia econômica, está há muito preparada para admitir - como, mais que isso, torna-se até mesmo **desejável** em muitas situações, notadamente em atividades econômicas caracterizadas pelo dinamismo inovativo e tecnológico, nas quais é preciso assegurar alguma perspectiva de apropriação privada de lucros acima do “normal” para que os investimentos produtivos e em P&D, voltados a ativos específicos, de alto risco e incerteza quanto ao retorno esperado, possam ser realizados no nível e ritmo adequados.

Assim, ao contrário das noções próprias do direito antitruste americano, que se articulam num conteúdo de intencionalidade (dolo de monopolizar)⁹¹ a idéia de *abuso* desse poder ganha maior repercussão nos direitos europeus e da América do Sul. Elaboram-se assim as categorias de posição dominante⁹² e de abuso dessa posição⁹³.

⁹¹ Richard Posner, *Antitrust Law*, 2ª. Ed., p. 37.: “The offense was no longer the charging of a monopoly price-it was the conspiracy, the attempt, to charge a monopoly price. No evidence that the defendants were likely to succeed in their attempt was required.”

⁹² Numa versão de divulgação da autoridade europeia, “Uma empresa detém uma posição dominante se o seu poder económico lhe permite operar no mercado sem ter em conta a reação dos seus concorrentes ou dos consumidores intermédios e finais.”, encontrado em http://europa.eu.int/comm/competition/citizen/citizen_dominance_pt.html#what, visitado em 31/01/2005.

⁹³ Loc. cit., “Deter uma posição dominante não é negativo em si mesmo, se resultar da eficiência da empresa. Porém, se esta explorar esse poder para asfixiar a concorrência, trata-se de uma prática anticoncorrencial que constitui um abuso. É, pois, o *abuso* da posição dominante que é proibido pelo artigo 82º do Tratado CE.”

Para definirmos realmente o conceito de abuso do poder econômico, nada melhor que começarmos pelo significado do verbo abusar: “gastar com o uso”; “usar até o fim”; e bem ainda o de “fazer mau uso” de, desviar do uso que deveria fazer-se.⁹⁴ Em nosso idioma verificamos o mesmo sentido, ou seja, “usar mal de (alguma coisa), “exorbitar” e também “causar dano”.⁹⁵

Como podemos perceber até aqui, a conceituação do abuso do poder econômico fica estritamente veiculada a definição de domínio de mercado, ou seja, do domínio em que o agente possui em relação a outros agentes fazendo com que se torne independente dos demais.⁹⁶

Temos que o domínio de mercado nada mais é que um poder agir, onde em um aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado e em um aspecto passivo, a empresa dominante tem a capacidade de não se deixar influenciar pelo comportamento das demais.

A posição Dominante⁹⁷ é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.

É preciso lembrar que entre nós a existência do poder econômico nem sempre estará infringindo normas antitrustes, mas somente o abuso em seu exercício. E sabemos que abusa do poder econômico aquele que o desvia de sua função social, ou seja, o agente que viola a concorrência pura e a liberdade de iniciativa empresarial.

Ensina Sérgio Varella⁹⁸ que a abordagem das figuras do abuso de direito e do desvio de poder serviu-nos para delas extrair o seu elemento comum, qual seja o desvio de função. O desvio de função por seu turno, bem desempenha o seu papel, tanto no campo do Direito Privado como no público, razão pela qual não há por que se duvidar de sua eficiência na Zona intermediária, que é peculiar ao Direito Econômico.

⁹⁴ Cf. Francisco Torrinha, Dicionário latino português, Maranos, Porto, 1945, 3ª. Ed. P. 7.

⁹⁵ Pequeno dicionário da língua portuguesa, civilização brasileira, Rio de Janeiro, 11ª. Ed. Supervisionada por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 1964, p. 11.

⁹⁶ Independência esta que faz com que esse agente ganhe determinado poder onde poderá praticar atos que devem ser coibidos pelo Estado afim de que o mesmo não se torne impermeável às leis de mercado.

⁹⁷ FORGIONE, Paula A.. Op. Cit. p. 318.

⁹⁸ op cit. p. 176

E continua “Abusa do poder econômico aquele que o desvia de sua função social. Essa função deve ser considerada como um dos elementos integrantes de uma técnica de produção social mais complexa, composta tanto pela iniciativa pública como pela privada”.

No caso do abuso do poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência. Com bem expressa Paula Forgione⁹⁹ citando Jean Dabin o sujeito passa a fazer um uso “anormal”, “reprovável”, ilegítimo”, “imoral” desses seus direitos, ou seja, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Abusa do poder econômico aquele que utiliza de práticas que vão contra as regras estabelecidas pela lei antitruste.

Dado a complexidade do tema, qualquer conceituação que se expresse será insuficiente, pois são muitos fatores a serem analisados até que se chegue realmente a conclusão se houve ou não abuso de poder econômico de um agente frente ao mercado, portanto, podemos tomar como conceituação desse abuso em vista do até aqui exposto que abuso do poder econômico é o exercício de uma atividade empresarial contrário a sua função social fazendo com que o titular de posição dominante restrinja a liberdade de iniciativa e à livre concorrência ultrapassando todas as normalidades concorrências permitidas pela lei antitruste. O agente abusivo faz mau uso ou uso ilegítimo do poder que detém no mercado.

Enfim, exerce abuso o titular de posição dominante que impõe preços excessivos, aproveitando da ausência de concorrentes no mercado, o titular que realiza vendas casadas, ou seja, quando um sujeito subordina a venda de um bem à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço, abusa do poder econômico aquele que realiza venda abaixo do preço de custo por um longo período com a finalidade de tirar o concorrente do mercado etc. O titular, que exerce atividade abusiva contraria a sua função social, ou seja, contraria a liberdade de iniciativa e de concorrência.

Assim esgota-se o objetivo da presente monografia que teve como objetivo abordar os temas pertinentes ao poder econômico principalmente mercado relevante e posição dominante, que são de extrema importância pra que pudéssemos estabelecer o conceito de abuso do poder econômico que tal é, a nosso ver uma conceituação complexa, por isso, mais importante do que delimitar ou precisar tal conceito é o caminho até aqui percorrido.

⁹⁹ op.cit. p.323, *apud* Jean Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 366

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBINANTE, Renata. **Em Defesa do Mercado**. In Tribuna do Advogado. Ano XXXI. Número 417, OAB/RJ: mar 2004.
- AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Delta, edição brasileira, 4. ed., 1958.
- AREEDA, Philip & **KAPLOW**, Louis. **Antitrust Analysis** – Problems, Text, Cases, Boston – Toronto, Little, Brown & Company (Canada) Limited, 4 edition, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRUNA, Sergio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed. 2ª tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10..ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. **Poder Econômico e Fenomenologia, Seu Disciplinamento Jurídico**. São Paulo: Ed. RT, 1967.
- C.F. PIRES, Hindenburgo F. **Curso de Extensão On Line: globalização, mitos e realidades**. Disponível em: <http://www.cibergeo.org/modulo4/modtwa4-3.htm>. Acesso em 05 set. 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Volume 1.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle nas sociedades anônimas**. 3. ed., 1983.
- CORREIA, Oscar Dias. **Liberdade Contratual e Concorrência**. In Revista de Direito Comparado. Número 18. 2000, jan. - jun.
- FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 2. ed., 2ª tiragem revista e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- HOVENKAMP, Herbet. **Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice**. St. Paul, West Publishing Co., 1964.
- LEOPOLDINO, João Bosco da Fonseca. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- MARQUES, Fernando de Oliveira (Coord.). **Cartilha do Cadê**. In Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações/cartilha.asp>>. Acesso em 23, out 2006.
- MARSHALL, Carla. **Legislação Brasileira de Defesa da Concorrência**. In Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA E MINISTERIO DA JUSTIÇA. **Tratamento Sumário dos Atos de Concentração**. Brasília, fev 2002. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 23, out 2006.
- MIRANDA, Pontes de, **Comentário a Constituição de 1946**. vol. IV, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao direito econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Volume 2.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - Parte geral**, 24. edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico (Direito e experiência Antitruste no Brasil e nos E.U. A)**. São Paulo, Ed. RT, 1966.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1.999.
- SILVA, Lúcia Helena Salgado e. **Bases Conceituais da Intervenção**. In Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- SMITH, Adam. Apud. HOLANDA, Nilson. **Introdução a economia**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- TOLEDO, Gastão Alves. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.
- VAZ, Isabel. **Direito Econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.