

Posição dominante e seu abuso¹

Paula A. Forgioni²

Sumário: 1. Considerações iniciais sobre posição dominante. 2. Vantagem competitiva e posição dominante: uso e abuso do poder econômico. 3. Inciso I do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994 — tutela da livre concorrência e da livre iniciativa. 4. Incisos II e IV — domínio de mercado e abuso de posição dominante — ainda a tutela da livre concorrência e da livre iniciativa. 5. O agente econômico detentor de posição dominante. 6. Determinação da existência de posição dominante. 7. A necessária conjugação dos indicativos. 8. Da estrutura do mercado ao comportamento da empresa. 9. Posição dominante derivada de vantagem competitiva: a atenção das autoridades antitruste. 10. Abuso de posição dominante: práticas típicas.

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

1. Considerações iniciais sobre posição dominante Poder econômico, posição dominante e "potestas" — a óbvia e inegável identidade

Quando se faz referência à "posição monopolista" pode-se pensar em termos da existência de apenas um agente econômico em determinado mercado. Não obstante, é bastante comum, tanto na doutrina jurídica quanto na econômica, que a expressão "posição monopolista" venha utilizada para referir aquela do agente econômico que não é o único a atuar no mercado relevante.³

-
- 1 O título original "Breves notas sobre a posição dominante e seu abuso" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.
 - 2 Advogada em São Paulo. Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Econômico da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
 - 3 Cf. Fritz Machlup, *The political economy of monopoly, The political economy of monopoly; business, labor and government policies*. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1952, p. 82-3. Talvez a confusão entre as expressões "posição monopolista" e "monopólio" tenha origem na tradução do termo

Parte-se, então, do pressuposto que mesmo um agente econômico que não seja o único a atuar no mercado pode deter *poder econômico* tal (ou seja, *razoável*) que lhe permita atuar de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou ao comportamento dos outros agentes. Em virtude da ausência de um ambiente concorrencial, o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores⁴. Neste caso, a posição dos pequenos agentes será sempre de *sujeição* ao comportamento da outra empresa. Note-se que não é necessária a completa ausência de concorrência no mercado para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau que influencie, de forma significativa, o comportamento do “monopolista”⁵.

A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado⁶. Basta a influência, o poder de determinar as regras do jogo de forma

“monopoly” para as línguas latinas. Como assinala Thomas E. Kauper, “monopoly” é comparável à expressão “posição dominante” e não, necessariamente, a monopólio (“Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *Antitrust Law Journal*, *Antitrust Law Journal*, v. 59, 1991, p. 443). Monopólio, como nos lembra Modesto Carvalhosa, origina-se de duas palavras gregas: “monos” só; “polein” vender; *donde vender só*” (*Poder econômico — a fenomenologia — seu disciplinamento jurídico*, Dissertação apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para livre-docência. São Paulo, 1971, p. 30). Esse mesmo autor faz, então, a distinção entre monopólio no sentido estrito (vender só) e monopólio em sentido lato, que significa “uma posição de força dos vendedores em relação aos seus compradores, ou vice-versa, em um determinado mercado” (p. 31).

- 4 A respeito, Frignani & Waelbroeck: “Se un’impresa è capace di esercitare sul mercato un’influenza preponderante, ciò significa che essa può agire senza dover tener conto delle reazioni dei concorrenti, mentre questi ultimi devono tener conto delle sue: essa è dunque sottratta ad una concorrenza effettiva. Nelle due ipotesi, fattore decisivo è l’assenza di pressione concorrenziale, e conseguentemente la concorrenza non gioca il suo ruolo di regolatrice del mercato” (*Disciplina della concorrenza nella CEE*, 3.ed. Napoli, Jovene, 1983, p. 100). Entre nós, dizia Modesto Carvalhosa, em 1967: “Caracteriza-se, assim, o poder econômico pela capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais do mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais do mercado” (*Poder econômico — a fenomenologia — seu disciplinamento jurídico*, cit., p. 2).
- 5 Foi por essa razão que a Corte de Justiça Européia já afirmou, no caso *United Brands*, que: “Non è necessario che un’impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza per essere in posizione dominante”. Mas, se por um lado, posição dominante não implica monopólio, de outro, o monopólio pressupõe a posição dominante (cf. Frignani, “Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, “Abuso di posizione dominante”. AAVV. *Diritto antitrust italiano* (org. A. Frigani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi). Bologna, Zanichelli, 1993, p. 350-51).
- 6 Em um mercado em que haja concorrência dizem os economistas que o preço praticado deverá ser bastante próximo ao do seu custo marginal. O preço muito acima desse valor caracterizaria a existência de mercado concentrado e de *market power* do agente econômico que pratica tal preço: “Market power is the ability to raise price by reducing output. Today we measure market power as the ratio of the profit-maximizing price for a seller’s output to the seller’s marginal cost at that rate of output. A seller whose marginal cost of producing a widget is \$1,00, but who can maximize its profits by selling the widget at \$1,02 has a small amount of market power. A seller whose marginal cost is \$1,00 but whose profit-maximizing price

unilateral⁷, independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado.

Sob o prisma jurídico, a afirmação dos economistas de que a posição dominante se identifica pelo poder de impor preços muito acima de seu custo marginal deve ser entendida no sentido de que a *independência e indiferença* do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição⁸⁻⁹.

Valentine Korah anota que o comportamento do monopolista é caracterizado, também, por uma *ausência de riscos*, ou seja, o detentor de posição dominante pode dar-se à adoção de uma estratégia de mercado que, se não coroada de sucesso, não traz ao agente prejuízos de monta, como ocorreria em um mercado competitivo¹⁰. Ora, se houver um “erro estratégico” do monopolista, não haverá agentes econômicos que dele poderão aproveitar-se, penalizando o engano cometido.

No campo do direito da concorrência, o *poder econômico* próprio ao agente em posição dominante, para fins de um trabalho jurídico, deverá ser tomado como *potestas*¹¹, ou seja, nas palavras de Passarelli, como “*una*

is \$1,75 has a great deal of market power” (Sullivan & Hovenkamp, *Antitrust law policy and procedure*; cases, materials, problems. 3.ed. Charlottesville, The Michie Company, 1994, p. 589). O preço praticado é também função da elasticidade do produto. Assim, quanto maior seu grau de intercambiabilidade, menores as possibilidades de controle de preço por um agente econômico, pois maior o número de produtores do mesmo bem e maior a possibilidade de escolha do consumidor.

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

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

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

10 Text of Footnote

11 Por óbvio, não estamos sustentando que o poder econômico confere a seu titular um direito potestativo, o que seria mesmo uma incongruência jurídica, pois o poder econômico é um fato (ainda que regulamentado pelo direito) e não um direito atribuído pelo ordenamento jurídico (para corroborar nossa posição basta uma vista d’olhos no elenco de típicos direitos potestativos, notando-se, de início, a patente diferença. Consulte-se, então, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1986, p. 175-6, e também Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, v.5, p. 241). Ao invés, o que há de comum entre o direito potestativo e o poder econômico é a *potestà* (que inclui, como vimos, a capacidade de atuação de um comportamento indiferente e independente) e a posição de sujeição que lhe é correlata. Sobre direitos potestativos, cf. ainda Fabio

supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro dall'altro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poichè il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà'^{12 13}. E outra forma não há de encarar o poder econômico que embasa a posição dominante.

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

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

“the power to control prices or exclude competition”¹⁴.

Ou mesmo a definição da Corte de Justiça européia:

“concerne una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che conferisce alla stessa il potere di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi, fornendole la possibilità di comportamenti indipendenti in misura apprezzabile rispetto ai propri concorrenti, ai clienti, nonché ai consumatori e senza per questo subire conseguenze pregiudizievoli”¹⁵.

No Brasil, já se manifestou o CADE:

“O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir

Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 101 e s.; Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 5. ed., Napoli, Jovene, 1957, p. 56 e s.; A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, Madrid, Reus, 1934, t. 1, p. 14 e s.; e Karl Larenz, *Derecho civil*, ; parte generale. s. 1., Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 281 e s.

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

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

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

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

sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência”¹⁶.

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

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

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

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

Já se disse há muito que, no Brasil, não se pune a posição dominante em si¹⁷. Efetivamente, nos termos do art. 20, § 1º, da Lei nº 8.884, de 1994¹⁸, a posição dominante resultante de processo natural fundado na

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

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

maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inc. II do *caput* do mesmo dispositivo¹⁹. Consagra-se assim, como não poderia deixar de ser, a vantagem competitiva (competitive advantage) do agente econômico: se há maior eficiência, nada se deve punir²⁰.

Lembre-mos, no entanto, que a concorrência, ainda que lícita, prejudica alguns agentes econômicos. Qual é, então, o limite que indica a licitude do prejuízo causado? Até que ponto deve ser suportado o exercício das vantagens decorrentes da superioridade do agente econômico? Como diferenciar a concorrência vigorosa da prática abusiva? Ou, como diz Machlup: "In the absence of a book of rules, how can we decide whether the fight is fair or foul?"²¹

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 2º 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.

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

* § 3º com redação dada pela Lei nº 9.069, de 29/06/1995 (DOU de 30/6/1995, em vigor desde a publicação).

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

20 Os autores de língua inglesa costumam utilizar a expressão "anticompetitive advantage" para os casos em que o agente econômico conquista (ou tenta conquistar) parcela de mercado utilizando-se de um meio "fraudulento", porque não embasado apenas na sua superioridade. Por exemplo, a prática da *Microsoft* de divulgar falsos pré-lançamentos de produtos, bem como de criar, propositadamente, incompatibilidades entre os produtos que fabrica e aqueles de concorrentes teriam dado origem a "anticompetitive advantages", ou vantagens não competitivas (cf. "United States v. Microsoft Corporation Civ. nº 94-1564 (SS) (D.D.C.); Response of the United States to Public Comments Concerning the Proposed Final Judgment and Notice of Hearing", *Federal Register*, v. 59, nº 221, 17-11-1994, p. 426).

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

Vale sempre recordar o caso *School Masters*²². *A discussão nele encerrada não deveria chamar nossa atenção apenas pela ingenuidade dos argumentos dos autores da demanda, mas sim pelo divisor de águas que constituiu. Com simplicidade, os julgadores, há muito, perceberam que a concorrência prejudica os concorrentes e os danos a serem suportados podem ser lícitos ou ilícitos.*

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

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

Atualmente, se de uma parte é quase intuitivo que a vantagem competitiva, lícita que é, deve ser incentivada mediante a aplicação das normas de tutela do livre mercado e da livre concorrência²³, de outra não se têm apropriados critérios gerais para determinar, na prática, a separação entre a concorrência lícita, cujos prejuízos causados a terceiros baseiam-se em uma vantagem competitiva, e a concorrência predatória²⁴.

Alguns economistas, buscando uma resposta às questões que efetuamos, apontam o critério de diferenciação na “eficiência econômica”: a eliminação de empresas menos eficientes serviria ao propósito da lei antitruste²⁵. Coloca-se, assim, um dos pontos centrais do pensamento da Escola de Chicago.

referidas por Machlup, Jossierand e Dabin (“La nozione di abuso di posizione dominante” in *AAVV Diritto antitrust italiano*, cit., p. 358).

22 11 Hen. IV, f. 47, pl. 21 (1410), transcrito por Fox & Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, cit., pp. 18-19.

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

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

Outra forma de explicar a licitude (ou ilicitude) dos efeitos decorrentes do uso (ou abuso) da posição dominante decorreria da aplicação do *princípio geral* que condena, em nosso ordenamento jurídico, o *abuso do direito*²⁶. Nesse sentido, a utilização do poder econômico (e do direito à liberdade econômica) apresentaria restrições se fosse efetuada de forma não adequada, “reprovável ou reprovada, ilegítima ou tida como tal”²⁷, rompendo o “equilíbrio dos interesses em conflito ou do desvio da finalidade do direito, da sua destinação social e econômica”²⁸. Isso seria válido não apenas para os casos de abuso de posição dominante, mas também para acordos entre empresas e concentração (na medida em que são vedados pela aptidão de reprodução de condições monopolísticas).

No caso do abuso do poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. (ou seja, todos os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito com a utilização do poder econômico, sendo mesmo a expressão e exercício desses direitos a que nos referimos. No momento em que há abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência²⁹ etc. O sujeito passa a fazer um uso “anormal”³⁰, “reprovável”, “ilegítimo”, “imoral”³¹ desses seus direitos.

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

Não obstante — é indispensável que se esclareça — a mais autorizada doutrina, tanto brasileira quanto estrangeira (inclusive de países com tradição

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

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

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

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

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

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

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

romanística), ao tratar das normas antitruste, não se preocupa em situá-las em um contexto de “abuso de direito” ou “abuso de poder”³².

Algumas críticas poderiam, assim, ser lançadas no que respeita à utilização da doutrina do “abuso de direito” para situar o “abuso do poder econômico”. Primeiramente, o *poder econômico não é um direito, mas sim um fato*, uma situação (fática) que proporciona ao agente econômico *indiferença e independência* em relação aos outros agentes, às leis de mercado. Assim, o “abuso do poder econômico” não trataria do abuso de um direito, mas sim do abuso de um “fato”, de uma posição (e não de um poder derivado de um direito, assegurado pelo ordenamento jurídico)³³.

Em outras palavras, quando se diz que há o abuso do direito de propriedade, identifica-se o mal uso de um direito que é atribuído ao sujeito pelo ordenamento jurídico (o direito de propriedade). Ao invés, quando falamos de “abuso do poder econômico”, não há um direito a que possamos nos referir³⁴ e que atribua ao agente o “poder econômico” ou sua situação de *independência e indiferença*³⁵. No máximo, o poder econômico deriva da utilização de uma liberdade econômica (v. g., liberdade de concorrência), mas não é por esta instituído.

Ademais, a doutrina do “abuso de direito” vem impregnada de um inegável ranço privatístico³⁶. Por exemplo, Pontes de Miranda afirma que: “O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem”³⁷. Ora, não toca ao direito antitruste a disciplina do respeito mútuo às esferas de direitos dos sujeitos, mas sim a regulamentação do *mercado*. Não interessam os concorrentes, mas sim a concorrência.

32 Quando se fala em “abuso de poder”, por óbvio, está se tratando de abuso do poder que é conferido por um direito. Assim, por exemplo, o abuso do poder de controle da sociedade anônima pressupõe o poder que é atribuído ao acionista controlador, conforme os termos da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações). A doutrina especializada geralmente se refere à expressão “abuso de poder” como sendo correlata a um poder-dever funcional (abuso de autoridade) (cf., a esse respeito, P. Grippo, “Abuso di autorità o di potere”, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. 1, parte 1, Milano, Vallardi, p. 92 e s.; José Luiz Sales, “Abuso de poder”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro, Borsari, 1947, p. 356 e s.; Fernando Dias Palos, “Abuso de autoridad o poder”, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1950, t. 2, p. 121 e s.).

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

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

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

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

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

Note-se que o próprio Josserand, em seu livro *De L'esprit des droits et de leur relativité*, ao comentar as restrições à liberdade de comércio e de concorrência, não cogita de qualquer norma de repressão ao abuso do poder econômico, mas sim da concorrência desleal e seus atos de contrafação e violação de marcas. Em outras palavras, vê a regulamentação da concorrência como disciplina da relação entre agentes econômicos privados, para tutela de seus interesses: deve-se evitar o abuso de direito de um, para que o outro não seja prejudicado³⁸.

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

(...) “les intérêts de la collectivité devaient fatalement refouler les prérogatives de l'individu. Tout comme une propriété foncière illimitée, une concurrence sans bornes est socialement et pratiquement irréalisable: un droit absolu serait voué à la destruction; il se dévorerait lui-même, par ses propres excès; comme les autres libertés, la liberté du commerce veut être réglementée, sagement aménagée; il est des actes de concurrence que la conscience sociale réprouve, que l'intérêt général ne saurait tolérer et qui doivent donc, sous une forme ou sous une autre, engager la respinsabilité de ceux que les accomplissent”³⁹.

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

O antídoto contra essa distorcida visão é, seguindo o conselho de Vicente Ráo⁴⁰, considerar a repressão ao abuso de direito como um *princípio*, que

38 Ao invés, a teoria do “abuso de direito” encontra guarida no art. 29 da Lei Antitruste, que trata das ações que os agentes econômicos podem propor contra infratores da ordem econômica, com o escopo de ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. Tem, assim, plena aplicação o art. 160 do Código Civil, nos casos de concessão de autorização para atos restritivos da concorrência, nos termos do art. 54 da Lei nº8.884, de 1994. Nessas hipóteses, a autorização da prática faz com que o agente econômico, ainda que cause prejuízos a terceiros, esteja “no exercício regular de um direito reconhecido”. Da mesma forma, no art. 18 da Lei nº8.884/94, a doutrina do “abuso de direito” se faz presente e é relacionada à pessoa jurídica “responsável por infração da ordem econômica”. Autoriza-se a desconsideração de sua personalidade quando a prática implicar “abuso de direito” no âmbito da sociedade.

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

40 É Vicente Ráo que entende, entre nós, ser a repressão ao abuso de direito um princípio de nosso ordenamento: “Também se diz, comumente, que o conceito de abuso do direito, nas legislações ocidentais, tem apenas um sentido moral, alcançando, tão-só, as relações de indivíduo e a sociedade; mas, semelhante alegação importa desconhecimento da real natureza desse conceito, ou seja, de sua natureza

embasa todo o nosso ordenamento jurídico, e não se refere, exclusivamente, à proteção de esferas de direitos e interesses privados. Sob esse prisma, a repressão ao abuso do poder econômico pode também ser entendida como a coibição ao abuso dos direitos de liberdade econômica, visando à implementação de uma política pública. Por óbvio, nesta hipótese, resta o problema de delimitar-se o que seria “uso” do “abuso” do poder econômico, questão de difícil — senão impossível — solução por fórmula geral. Repise-se, todavia, que não poderá haver abuso do poder econômico sem prejuízo para a concorrência. Essa é a conclusão que decorre de uma interpretação sistemática dos termos do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994.

3. Inciso I do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994 — tutela da livre concorrência e da livre iniciativa

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

Consagra-se, assim, no texto do art. 20 a tutela da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme o mandamento do art. 170 da Constituição Federal⁴¹. Aliás, é curiosa a referência do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, pois esta, como assinala Grau, é a liberdade de comércio e

de princípio que, como tal, tanto se dirige à aplicação do direito comum nas relações entre pessoas, quanto à elaboração das leis, econômicas ou não, tendentes a realizar a harmonia social” (*O direito e a vida dos direitos*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, v. 1, p. 149). Mais recentemente, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao iniciar breve ensaio denominado “Da abusividade do poder econômico” parte do princípio que “Todo abuso é censurável. Quando parte de pessoa física ou jurídica que detém poder, isto é, que se acha em condições de criar para outros situações de dependência, torna-se uma ofensa ao direito que configura e garante o poder”. Por fim, repisando que o poder econômico não é abusivo em si, conclui que “para efeitos de repressão do abuso, a lei deve presumir que o poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros é abusivo”. Podemos, então, concluir, em simples palavras, que, na opinião do Prof. Tércio, o poder econômico é abusivo quando sua utilização implica a incidência do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994 (*Revista de direito econômico*, 21: 23).

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

- I – soberania nacional;
 - II – propriedade privada;
 - III – função social da propriedade;
 - IV – livre concorrência;
 - V – defesa do consumidor;
 - VI – defesa do meio ambiente;
 - VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII – busca do pleno emprego;
- (...)”.

indústria e a liberdade de concorrência⁴². Em outras palavras, a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa. Daí concordarmos com a observação no sentido de que não seria necessária a consagração do princípio da livre concorrência, bastando aquele da livre iniciativa⁴³.

A liberdade de iniciativa a que fazem referência o texto constitucional e a própria lei antitruste não conflita, obviamente, com a necessidade da atuação estatal, para garantir a manutenção do sistema, conduzindo-o de forma a impedir as crises⁴⁴. Aliás, permitimo-nos dizer, a complementa.

Não se pode negar que a partir do momento em que o Estado passa a ser “intervencionista” (e, aqui, não vai qualquer carga ideológica) há uma modificação no próprio princípio da livre iniciativa que, há muito, deixou de ser correlato a uma política de *laissez faire*. A atuação do Estado sobre a economia, cada vez mais, não é tida como indesejável pelo sistema jurídico que, ao contrário, a institui e regulamenta⁴⁵.

42 Ainda Eros Roberto Grau coloca os “inúmeros sentidos” que “podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência”, equacionando-os da seguinte forma: a) liberdade de comércio e indústria (não-ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública; a.2) não-sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência — liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública (cf. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 224). Josserrand vislumbra três aspectos da liberdade de comércio que se concretizam no dogma da livre concorrência: (i) liberdade de estabelecimento; (ii) liberdade de fabricação; e (iii) liberdade de circulação de mercadorias, em conformidade com as leis econômicas, principalmente a lei da oferta e da procura (*De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, 12. ed., Paris, Dalloz, 1939, pp. 231-2).

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

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

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

É bastante natural, entretanto, que quando nos referimos à “livre iniciativa”, tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado⁴⁶) e pensemos no agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de “repressão” estatal. Mas — insistimos — essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental⁴⁷.

Assim, no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública⁴⁸.

Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe um determinado comportamento do agente econômico, está justamente atuando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos⁴⁹.

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

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

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

49 Sabina Borgogni resolve a questão com muita propriedade: “(...) In dottrina si distinguono solitamente due diverse accezioni del concetto di libera concorrenza: a) libera concorrenza come libertà di iniziativa economica, ossia come diritto individuale e personale ad agire nel mercato e ad intraprendere qualunque attività imprenditoriale si desidera realizzare; b) libera concorrenza come situazione di mercato, cioè come principio regolatore di un sistema economico che, in quanto ad esso ispirato, si caratterizza proprio per il fatto di garantire l’accesso libero di qualunque soggetto a qualsivoglia mercato e di impedire a chiunque di dettare le regole di contrattazione in via esclusiva. Anche se sembra un paradosso, le due realtà non sono necessariamente l’una il presupposto dell’altra; anzi, perchè si realizzi nel mercato una situazione di libera concorrenza occorre talvolta che sia limitata la stessa libertà di iniziativa economica dei singoli, la quale, infatti, non solo si esaurirebbe nella libertà di intraprendere una qualunque attività imprenditoriale ma implicherebbe, di per sé stessa, anche la facoltà di ricercare nel mercato una posizione di privilegio e quindi di stringere accordi ed alleanze che permettano di aggirare il meccanismo della concorrenza. All’intervento genericamente diretto alla tutela della libera concorrenza possono corrispondere quindi in realtà due diversi obbiettivi: 1) la salvaguardia del diritto privato d’impresa, per cui gli accordi e le intese industriali o comunque tutte le operazioni volte a limitare la concorrenza vengono in considerazione nell’ordinamento giuridico solo per la limitazione che essi comportano alla libertà di iniziativa economica (come danno per il singolo, quindi); 2) la difesa di un preciso interesse della collettività che trova, in genere, nella effettiva competizione tra i diversi soggetti economici anche la garanzia delle migliori e più convenienti condizioni di contrattazione, per cui, diversamente, le stesse intese ed i medesimi accordi o operazioni vengono invece in considerazione per gli effetti che essi producono nei confronti del mercato e dei consumatori (ossia come danno per la società)” (“Normativa antitrust e regolazione del mercato”, AAVV, *Diritto Pubblico dell’Economia* (org. Mauro Giusti),

Feitos esses esclarecimentos, podemos dizer que na tutela da livre iniciativa (e, portanto, da livre concorrência), encontra-se um dos principais parâmetros da nossa lei antitruste e a pauta de sua interpretação. Dessa forma, os acordos entre empresas são vedados na medida em que configuram um entrave à livre iniciativa ou à livre concorrência. Ou seja, *é no prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa que se encontra o caráter ilícito de qualquer prática concertada*. Da mesma maneira, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa⁵⁰ em prática dissociada de sua vantagem competitiva. O mesmo ocorre em relação à tentativa de monopólio e ao abuso de posição dominante, como passamos a demonstrar.

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

Os incisos II e IV referem-se, respectivamente, ao domínio de mercado e ao abuso da posição dominante. Uma vez que o texto normativo prevê a ilicitude do ato contrário à ordem econômica, ainda que os fins visados não sejam alcançados, inclui-se na redação do art. 20 a prática que *possa* ter por objeto ou por efeito a dominação do mercado, ou seja, propiciar a detenção de *poder econômico* suficiente para assegurar o comportamento *independente e indiferente* em relação aos demais agentes.

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

Retornamos, então, ao problema que muito já foi referido: a concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser licitamente causados, desde que resultantes “de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores”. Ou seja, desde que uma empresa seja mais capacitada que seu concorrente, poderá

Padova, Cedam, 1994, p. 334). Entre nós, Washington Peluso Albino de Souza anuncia que as teses da liberdade e da propriedade, próprias ao regime liberal, com o tempo e a experiência jurídica dos povos “passaram a receber, naturalmente, as suas novas conceituações sob a forma de cerceamentos sucessivos” (*Do econômico nas constituições vigentes*, s. I., Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, p. 110).

50 Por essa razão, fala-se em “consequências prejudiciais para o mercado” que devem advir da prática analisada, para que a mesma possa subsumir-se à lei antitruste: “(...) o bem juridicamente protegido é a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, o mercado. Atua o Estado como mandatário de toda a sociedade, na tarefa de restaurar a ordem jurídica atingida pela prática econômica abusiva” (Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, “Apuração de práticas restritivas à concorrência”, Revista do Ibrac, v.1, n°4, p. 18).

licitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, inclusive com a eliminação de seus competidores

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

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

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

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

Para esclarecer a questão, tomemos o seguinte exemplo: uma empresa detentora de posição dominante decide por rescindir o contrato com alguns de seus fornecedores, a estes causando elevados prejuízos. Se essa prática for efetivamente prejudicial à livre concorrência ou à livre iniciativa, haverá de ser

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

52 Nesse sentido, já se manifestou o CADE, no Processo Administrativo nº23/91, em que era representada a empresa Xerox do Brasil Ltda.: "(...) se verifica abuso da posição dominante quando o agente dela se utiliza para restringir a concorrência que ainda resta no mercado".

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

considerada ilícita, nos termos do inc. I do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994. De outra parte, caso não prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa, não se deve falar, no nosso exemplo, em abuso de posição dominante, pois não se pode conceber o exercício abusivo da posição dominante que não prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa. Em ocorrendo tal hipótese, seguramente não estaremos diante de um abuso de poder econômico, mas sim de uma prática de mercado que poderá até ser sancionada, mas não pelo direito antitruste⁵⁴.

Nessa linha de raciocínio, considerando-se os incisos I e IV do art. 20 da Lei nº 8.884, para caracterizar a ilicitude de uma prática, não há a necessidade de se comprovar a posição dominante do agente econômico. Com efeito, o monopólio e o abuso de posição dominante são vedados apenas na medida em que consubstanciam prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa (prejudiciais ao mercado e, portanto, subsumíveis, desde logo, ao inc. I do art. 20 da Lei Antitruste)⁵⁵.

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

5. O agente econômico detentor de posição dominante

O art. 20 em seu § 2º, estabelece que “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”.

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

55 Não obstante, no Brasil, tende-se a insistir na necessidade da comprovação da posição dominante para caracterização do ilícito. Sobre essa questão tratamos no capítulo referente ao sistema da lei antitruste brasileira.

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

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

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

Note-se que os grupos de fato incluem não apenas aqueles constituídos por empresas controladoras e controladas, mas também refere-se às aglutinações derivadas da comunhão de interesses contratual, ainda que não formalizada. Também neste caso, é o poder de que é titular a empresa ou o grupo de empresas que conta, ainda que este decorra de uma avença⁵⁶.

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

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

6. Determinação da existência de posição dominante

O processo de determinação da existência de posição dominante de uma empresa deve partir da consideração de que *a diferença entre um mercado concentrado e um mercado competitivo é questão apenas de grau*⁵⁷. *Não há métodos de interpretação jurídicos ou fórmulas matemáticas que possam levar a uma conclusão segura sobre a existência de posição dominante em um determinado mercado, não obstante a tentativa dos economistas nesse sentido. A posição dominante é um fato, não fácil de se constatar.*

Tanto do ponto de vista da teoria econômica quanto da jurídica, o primeiro passo para a determinação da existência de posição dominante, como vimos, é a delimitação do mercado relevante de que estamos tratando, para posteriormente analisarmos sua estrutura⁵⁸. Passada a primeira etapa, por si só plena de percalços hermenêuticos, as dificuldades permanecem⁵⁹.

comportamento loro rimproverato non si identifica con quello attraverso il quale esse hanno eliminato la reciproca concorrenza” (“Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 316). Essa, entretanto, não é a opinião de Enrico Raffaelli: “... il comportamento vietato può essere realizzato anche da più imprese. Da ciò consegue un problema di coordinamento tra l’art. 86 e l’art. 85, che pone il divieto di accordi tra imprese e di pratiche concordate pregiudizievoli della concorrenza.(...) La questione è controversa. Si può comunque affermare che quando i comportamenti vietati sono posti in essere da più imprese troverà applicazione l’art. 85 nel caso in cui tali comportamenti siano il risultato di accordi o pratiche concordate, mentre si applicherà l’art. 86 quando il gruppo di imprese in considerazione è contraddistinto da una società dominante che impone la sua volontà alle altre, e ciò in assenza di particolari legami tra queste imprese” (“Cronache Comunitarie — Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario”, *Il Foro Italiano, Il Foro Italiano*, 1988, parte IV, p. 78).

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

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

59 Denozza faz interessante observação a respeito da determinação da existência de uma posição dominante: “L’accertamento dell’esistenza di una posizione dominante sembra porre il giudicante di fronte alla necessità di confrontare una situazione reale (quella in cui l’agente impone concretamente un prezzo o una certa condizione contrattuale) con una situazione ipotetica (quella che si avrebbe se il mercato fosse

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

6.1 Market Share x Market Power

Há uma aproximação quase intuitiva da parcela de mercado detida pelo agente econômico e o poder dela derivado. Presume-se que, quando um agente econômico detém parcela substancial do mercado (*market share*), ele possui poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente, ou, na terminologia norte-americana, possui *market power*⁶⁰. Ao revés, a participação diminuta da empresa faz presumir que esta não é capaz de afetar o mercado com seu comportamento.

Assim, é comum que a análise sobre a estrutura do mercado relevante seja baseada no critério da parcela de mercado, sendo esse método o mais utilizado pelas cortes e autoridades antitruste⁶¹, na medida em que constitui um forte indício sobre a existência, ou não, de posição dominante⁶².

concorrenziale) per verificare se in questa ipotetica situazione quel reale comportamento sarebbe ugualmente possibile. Si procede allora ad un accertamento necessariamente indiziario: vengono accertati dei fatti, considerati indizi dell'esistenza di una posizione dominante (fatti, cioè, in assenza dei quali — si suppone — l'impresa non potrebbe tenere certi comportamenti senza essere punita dall'azione dei concorrenti)" (*Antitrust*, ; leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA. Bologna, Il Mulino, 1988, p. 47).

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

61 Cf. Sullivan & Hovenkamp, *Antitrust law, policy and procedure*, cit., p. 590. Também analisando a jurisprudência dos tribunais americanos, E. Thomas Sullivan & J. Harrison afirmam que "the analysis of power frequently involves two questions. First, what is the relevant market for ascertaining the defendant's market share? Second, what does market share indicate about market power, especially when actual share is not high?" (*Understanding antitrust and its economic implications*, cit., p. 220). René Joliet, por sua vez, assinala: "All judicial searches for monopoly power start with the primary fact of the relative size" (*Monopolization and abuse of dominant position*, cit., p. 92). Sobre a utilização da quota de mercado como critério para determinação da posição dominante, na Itália, v. Aldo Frignani & Cristoforo Osti, "20 mesi di legge antitrust italiana", *Diritto del Commercio Internazionale*, 6(2):333-59, jul./dez. 1992, p. 355. Alguns autores, muito embora afirmem que a questão do poder de mercado deve ser analisada caso a caso, identificam as parcelas de mercado que foram tomadas pelos tribunais como um indicativo da existência de posição dominante, buscando uma regra geral que se possa deduzir (cf. René Joliet, *Monopolization and abuse of dominant position*, cit., p. 93, e Aldo Frignani, "Abuso di posizione dominante", *AAVV, Diritto antitrust italiano*, cit., p. 338-9). Não obstante, os percentuais, como decorre do pensamento desses próprios doutrinadores, não constituem qualquer tipo de gabarito para a determinação da posição dominante, mas apenas um indicativo.

62 Nas palavras da Corte de Justiça Européia (*United Brands c. Commissione delle Comunità Europee*

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

Entretanto, nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante⁶³, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder. Primeiramente, o percentual de participação no mercado só adquire algum valor, para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado àquele dos concorrentes⁶⁴. Nesse sentido, a própria referência, no texto de nossa lei, à parcela “substantial” do mercado relevante, feita no § 2º do art. 20, traz consigo a idéia de relatividade, ou seja, de comparação dos percentuais detidos pelos agentes econômicos que atuam no mercado.

Ademais, é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite *independência e indiferença* em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais. Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para se mesurar seu poder, ou seja, sua *market power*, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços⁶⁵, detendo poder econômico que lhe assegura a posição dominante.

Esse problema é disciplinado pela lei antitruste brasileira. Com efeito, a conjugação dos § 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, diz ser *presumida* a existência de posição dominante nos casos em que a parcela do mercado relevante detida pelo agente é da ordem de 20%. Assim, não obstante esses dispositivos demonstrem que nossa lei optou pelo critério da *market share*, ao

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

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

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

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

mesmo tempo é acolhido o critério da *market power*. A presunção de que trata o § 2º do art. 20 é, pois, *iuris tantum*.

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

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

6.2 Concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes econômicos

A ausência de concorrência potencial em mercados concentrados é vista como um dos maiores indicadores da posição dominante⁶⁶: se a empresa encontra-se livre de pressões concorrenciais, atuais e potenciais, sua independência mostra-se em grau máximo, viabilizando a atuação potestativa⁶⁷.

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

(i) se não houver significativas barreiras à entrada⁶⁸⁻⁶⁹, os agentes econômicos que estão afastados do mercado (*in the wings*⁷⁰) podem nele entrar, determinando, assim, o restabelecimento da concorrência; ou

66 Assume particular relevância para a concessão de autorização pelo CADE, nos termos do art. 54 da Lei Antitruste, a concorrência potencial presente no setor. Cf., a esse respeito, os incisos XXV e seguintes do art. 10 da Resolução nº1 do CADE, de 7 de junho de 1995. Essa posição é bastante coerente com a linha técnica que vem sendo adotada pelo CADE, que, na determinação da *market power* do agente econômico, avalia inicialmente as “barreiras ao ingresso de novas empresas” (cf., à guisa de exemplo, Processo Administrativo nº32, instaurado de ofício pela Secretaria Nacional de Direito Econômico, no qual foram indiciadas Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados — ACATS. *Revista do Ibrac*, v. 2, nº2, pp. 1-18).

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

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

69 Nada impede que as barreiras à entrada sejam colocadas pelos próprios agentes, com a utilização de sua potência econômica. Por exemplo (i) o agente econômico pode utilizar-se do governo para eliminar a concorrência ou levantar barreiras à entrada, obtendo proteção ao seu setor de atividade: “The practices by which men in certain occupations, businessmen in certain industries, attempt to influence government

(ii) os demais agentes econômicos atuantes no mesmo mercado podem não estar produzindo de acordo com sua capacidade máxima, porque o preço praticado não compensaria o aumento da produção. Assim, quando o agente econômico detentor de parcela substancial do mercado elevar os preços ali praticados, os demais aumentarão sua produção, incrementando, de conseqüência, o grau de concorrência.

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

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

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

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

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

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

inexistência de barreiras à entrada⁷³. A questão assume, assim, particular relevância para a Escola de Chicago: sempre dentro do pensamento de que não é necessário um controle da concorrência nos casos em que o mercado é competitivo, esses economistas sustentam que, em não havendo barreiras à entrada e à saída de novos agentes econômicos no mercado (ou seja, em se tratando de *contestable markets*⁷⁴), não há por que exercer o controle do comportamento das empresas que ali atuam. Esse controle seria exercido pelo próprio mercado.

Entretanto, ainda que haja uma certa mobilidade dos fatores de produção, para que os agentes econômicos que oferecem uma concorrência potencial ao monopolista entrem no mercado, é necessário um espaço de tempo⁷⁵. Portanto, em determinadas situações, os efeitos danosos do comportamento da empresa que abusou de seu poder podem ser desde logo sentidos e não ser compensados, posteriormente, pela entrada dos novos agentes.

Deve, pois, ser vista com uma certa reserva a premissa de que a existência de concorrência potencial fará com que não seja adotado o comportamento abusivo. Ora, se por um lado é bem verdade que o agente econômico, ao aumentar seu preço de forma excessiva, atrairá para seu mercado outros agentes, tornando atual a concorrência potencial, de outra parte a demora na correção da distorção poderá trazer conseqüências danosas para o mercado (e, como contrapartida, vantagens para o agente econômico que abusa de sua posição), que não podem e não devem ser desprezadas. Para justificar esse

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

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

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

entendimento, valemo-nos, mais uma vez, da arguta observação de Denozza⁷⁶, em livro escrito no auge da contestação à Escola de Chicago:

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

Caso típico de total ausência de concorrência potencial é o das patentes, em que ao titular do direito é assegurado o monopólio⁷⁷. Mas, da mesma forma que qualquer outro caso de posição dominante, o agente econômico não poderá dela abusar, por exemplo, açambarcando direitos de propriedade industrial⁷⁸⁻⁷⁹.

Vale, também, referir a questão da substituição do produto, considerando-se sua oferta. Se há a possibilidade de outros fabricantes, procedendo a pequenas modificações no seu produto, entrarem no mercado do agente econô-

76 *Antitrust, cit.*, pp.64-5.

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

78 Noticia-se que Agamenon Magalhães, pioneiro do antitruste no Brasil, quando Ministro do Trabalho do governo de Getúlio Vargas, fez cancelar o registro de uma patente em virtude de seu uso abusivo (Moniz Bandeira, *Cartéis e desnacionalização: a experiência brasileira: 1964-1974* (“Retratos do Brasil”, v.96). Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975, p. 8, nota 17, e Paulo Germano Magalhães em entrevista à *Revista do CADE*, nº 4, p. 13). A respeito, o próprio Agamenon, ao sustentar perante a Câmara dos Deputados, em 1961, a nocividade do poder econômico, relata esse e outro episódio, relacionado ao *mal uso das patentes* (cf. Suplemento “A” ao *DCN*, nº 123, p. 4, 4. coluna). Ressalte-se, todavia, que, embora Agamenon estivesse se voltando contra o “abuso do poder econômico”, as patentes tiveram seus registros cancelados, como relata o próprio deputado, não por “abuso de poder econômico”, mas por “irregularidades verificadas na concessão das mesmas”.

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

mico considerado, essa concorrência há de ser entendida como “percebida” e, conseqüentemente, considerada para fins de delimitação do mercado relevante.

Em conclusão, podemos dizer que a existência de barreiras à entrada de novos competidores permite ao agente econômico valer-se de sua posição dominante, aumentando seus lucros de forma excessiva (ou anormal, como quer Korah), sem com isso atrair outras empresas para o mercado⁸⁰.

6.3 Comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores

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

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

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

Igualmente, os fornecedores podem ter um grau de dependência tal do agente econômico que este acaba por assumir uma posição de *independência* e *indiferença*. Em alguns casos, os fornecedores, ao dependerem de um cliente para o escoamento da produção, têm enfraquecido seu poder de barganha e acabam por estar *sujeitos* ao poder econômico do cliente. Essa constatação foi efetuada pela Federal Trade Commission, ao analisar o comportamento da empresa Toys “R” Us⁸¹.

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

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

6.4 Potência econômica da empresa

A posição de independência e indiferença do agente econômico pode derivar de sua própria potência econômica (*deep pocket*)⁸², ou da potência econômica do grupo a que pertence. É o caso dos grandes conglomerados, com disponibilidade interna de recursos ou facilidade de captação de receitas financeiras ou até de empresas que, atuando em vários mercados relevantes, aproveitam o suporte econômico de uma atividade para impulsionar a outra⁸³.

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

6.5 Estrutura avançada da empresa

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

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

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

6.6 Vantagens tecnológicas

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

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

No caso, muito se comentou, à época, que a atuação das autoridades antitruste norte-americanas parecia procurar punir não o eventual abuso da posição dominante, mas sim esta, em si mesma considerada, impedindo a empresa — porque detinha considerável poder econômico — de adquirir outra⁸⁴.

6.7 Grau de crescimento do setor

René Joliet⁸⁵ assinala que o grau de crescimento do setor pode consistir num fator de relativização da parcela de mercado detida pelo agente econômico: em mercados em expansão, a empresa dominante deve ter a capacidade de continuar seu crescimento, sob pena de ceder a seus competidores parcela de mercado. A expansão do mercado é, portanto, um fator de enfraquecimento do poder econômico do agente e não pode deixar de ser considerado.

6.8 Aspecto temporal

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

Julgando prática relacionada com a distribuição de filmes cinematográficos, a Comissão Européia considerou que as profundas variações anuais entre as parcelas detidas pelas várias empresas não decorriam de modificações em seu poder econômico, ou mesmo na estrutura do mercado. Ao contrário, a elevada parcela de mercado detida, em um determinado ano, significava apenas

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

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

que o agente econômico comercializou, naquele período, filmes que atraíram maior público aos cinemas⁸⁶.

7. A necessária conjugação dos indicativos

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

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

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

8. Da estrutura do mercado ao comportamento da empresa

Como se pode facilmente perceber, todos os elementos a que nos referimos acima, têm por escopo a delimitação dos contornos da estrutura do mercado relevante para determinar a existência de posição dominante. Mas há a tendência de se considerar como indício do abuso de posição dominante o próprio comportamento da empresa. O raciocínio efetuado é bastante simples: *se a empresa praticou ato que consubstancia típico abuso de posição dominante é porque tinha poder suficiente para fazê-lo*⁸⁷. A Corte de Justiça europeia já se manifestou nesse

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

87 A respeito, são cruciais as palavras de Areeda & Kaplow: "Imperfections in market definition coupled with the uncertain connections between the market shares we see and the market power we hope to infer might lead us to reexamine economic performance or conduct as direct indicators of a firm's power to

sentido: *dove si manifestano gli effetti dell'abuso è irrilevante per determinare il mercato da prendere in considerazione per constatare una posizione dominante*⁸⁸.

Desta forma, são os meios de ação de que dispõe o agente econômico e a faculdade que lhe assiste de exercitar uma influência considerável sobre o mercado que caracterizariam a posição dominante⁸⁹. Ou, nos termos do *memorandum* de 1º de dezembro de 1965, da Comissão Européia:

“Il dominio del mercato non può essere unicamente definito partendo dalla quota di mercato che detiene un'impresa o da altri elementi quantitativi di una determinata struttura del mercato. Si tratta innanzitutto di un potere economico, cioè la facoltà di esercitare sul funzionamento del mercato un'influenza notevole e in linea di principio prevedibile per l'impresa dominante. Questa facoltà economica di un'impresa dominante influisce sul comportamento e sulle decisioni di altre imprese, a prescindere dal fatto che sia o meno utilizzata in un senso determinato. Un'impresa che può, quando lo desidera, soppiantare le altre imprese concorrenti sul mercato può già disporre di una posizione dominante e determinare in modo decisivo il comportamento delle altre imprese, anche se la propria quota di mercato è ancora relativamente debole”⁹⁰.

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

charge supracompetitive prices” (Antitrust analysis, cit., p. 581). No mesmo sentido, Aldo Frignani (“Abuso di posizione dominante”, AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., pp. 336-7). Façamos, a título exemplificativo, o seguinte exercício hermenêutico: uma empresa “a”, detentora de 10% do mercado relevante, impede o acesso de concorrente aos canais de distribuição. Partindo-se da pressuposição de que essa prática é considerada típico abuso de posição dominante, nada obsta considerar que, muito embora a empresa “a” detenha apenas 10% do mercado relevante em questão, seja titular de posição dominante. Ora, se produziu o efeito anticompetitivo, é porque tinha poder suficiente para tanto. Quando efetuamos esse raciocínio, partimos de uma análise estrutural do mercado (indicador objetivo) para passarmos a um indicador subjetivo, baseado no comportamento efetivamente atuado pela empresa (cf. Frignani & Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, cit., p. 103 e ss.).

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

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

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

zaria a aplicação da lei antitruste: “Segundo a teoria econômica, na estrutura concentrada, a contração ou a expansão dos negócios das empresas de grande porte influencia as condutas de suas concorrentes e a parcela de poder que detêm o mercado pode ser, eventualmente, utilizada em restrição à concorrência. Por outro lado, as empresas de pequeno porte, que atuam na parcela residual deste mercado, têm uma participação tão diminuta, envolvendo um número tão pequeno de negócios que, ao contrário de suas concorrentes de grande porte, não são capazes de afetar o mercado com o seu comportamento ou de deslocar a participação relativa de qualquer outra, ainda que possuísse essa intenção. O poder de mercado é, pois, condição necessária para que a conduta de uma empresa possa resultar em benefício ou prejuízo à concorrência”⁹¹.

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

A lei brasileira, como já dito no início deste capítulo, não condena o domínio de mercado pelo agente econômico, desde que derivado de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”⁹², ou seja, resultante de vantagem competitiva. Assim, nada há de ilícito na conduta de empresa que conquista “parcela substancial do mercado relevante” simplesmente por ser mais eficiente que seus concorrentes.

Entretanto, é fato que as autoridades antitruste mantêm uma vigilância maior sobre o comportamento das empresas que detêm posição dominante⁹³. Essa postura se justifica porque é o comportamento do agente econômico “mais forte” que, com maior probabilidade, poderá afetar (e prejudicar) a concorrência. Seu ato, na medida em que ele próprio tem capacidade para determinar o ambiente concorrencial, coloca em risco, de forma mais acentuada, a segurança do mercado. Ou, como diz Hovenkamp: “In general, the more market power a firm has, the more damaging its exclusionary practices might be”⁹⁴.

91 *Revista do Ibrac*, v. 2, nº 2, p. 15.

92 Cf. art. 20, § 1º.

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

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

Por essa razão, em outros países, algumas vezes, as condutas somente são consideradas ilícitas se praticadas por agente econômico detentor de posição dominante⁹⁵.

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

10. Abuso de posição dominante: práticas típicas

Embora seja expressamente vedado, o abuso de posição dominante não vem definido na lei brasileira, sendo considerados apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado. A Lei nº 8.884/94 enumera alguns exemplos de comportamentos que se caracterizam como as práticas abusivas mais comuns⁹⁶. Em termos bastante simples: não se procure na lei a resposta para qualquer indagação do tipo: “O que é abuso de posição dominante?” Encontraremos apenas alguns de seus exemplos. Sabemos, apenas, que no

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

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

sistema da lei brasileira não há abuso de posição dominante sem prejuízo à concorrência.

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

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

Desde a promulgação do *Sherman Act*, em 1890, muitas práticas foram condenadas pelas cortes norte-americanas, por serem típicos exercícios abusivos de posição dominante, tais como: (i) espionagem ou sabotagem; (ii) concentrações; (iii) diminuição da produção; (iv) aumento da produção; (v) discriminação de preços; (vi) recusa de contratar; (vii) integração vertical; (viii) vendas casadas; (ix) aumento dos custos a serem suportados pelos concorrentes (*price squeeze*); (x) manipulação da pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (xi) abuso de direito de propriedade industrial; (xii) abuso do direito de demanda, mediante a propositura de ações judiciais ou medidas administrativas vexatórias contra concorrente; (xiii) preços predatórios, entre outros⁹⁷.

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

A doutrina européia, baseada no disposto no art. 86 do Tratado CE, costuma apontar quatro manifestações típicas do abuso de posição dominante: (i) imposição de preços não-equitativos; (ii) limitação da produção ou distribuição de produtos ou serviços, ou ainda ao desenvolvimento técnico de outros agentes econômicos; (iii) discriminação de fornecedores ou adquirentes⁹⁸; e (iv) prática de vendas casadas⁹⁹.

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

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

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

99 A bibliografia sobre as vendas casadas é por demais extensa. Assim, indicamos apenas alguns textos que se destacam pela clareza: Areeda & Kaplow, *Antitrust analysis*, cit., p. 704 e s.; Herbert Hovenkamp, *Economics and federal antitrust law*, cit., p. 214 e s. Guillermo Cabanellas Jr.; *Antitrust and direct regulation of international transfer of technology transactions*, cit., p. 105 e s.; Werter Faria, *Direito da concorrência e contrato de distribuição*, cit., p. 93 e s. Para uma profunda análise histórica dos *tying arrangements* nos Estados Unidos da América, v. Victor Kramer, “The Supreme Court and tying arrangements: antitrust as history”, *Minnesota Law Review*, cit., pp. 1013-70.