

UNISAL – Centro Universitário Salesiano – Curso FMB

Igor Maximilian Gonçalves

**Direito de Concorrência no Estado Democrático de
Direito.**

São Paulo
2009

UNISAL – Centro Universitário Salesiano – Curso FMB

Igor Maximilian Gonçalves

**Direito de Concorrência no Estado Democrático de
Direito.**

Monografia de conclusão apresentada no
curso Pós Graduação em Direito Econômico da
UNISAL – Centro Universitário Salesiano – e Curso FMB,

Orientador: Professor Marcelo Grimone

São Paulo
2009

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO.....	2
II.	ESTUDOS PRELIMINARES	3
III.	DO DIREITO ECONÔMICO	4
	III.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	4
	III.2 – CONCEITO.....	6
	III.3 – CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS GERAIS.....	9
	<i>III.3.a – Características</i>	<i>9</i>
	<i>III.3.b - Princípios gerais.....</i>	<i>10</i>
IV.	DIREITO DE CONCORRÊNCIA.....	11
V.	DA LIVRE INICIATIVA	15
VI.	DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	20
VII.	ESTRUTURAS E DESVIOS DE MERCADO.....	25
	VII.1 CONCORRÊNCIA PERFEITA E IMPERFEITA.....	26
	VII.2 MONOPÓLIO E OLIGOPÓLIO.....	31
	VIII.3 OLIGOPSÔNIO E MONOPSÔNIO	35
	VII.4 CARTÉIS, TRUSTE E DUMPING	36
VIII.	CASOS CONCRETOS - CADE.....	47
IX.	CONCLUSÃO.....	51
X.	BIBLIOGRAFIA.....	55

I. Introdução

Para a análise dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, inicialmente, perfaz necessária uma avaliação sobre a trajetória do Estado Social e o Estado Liberal, o que ajuda a entender como e por quais motivos os referidos princípios foram positivados pela Constituição Federal de 1988.

O presente estudo embasa-se no artigo 170, da Constituição Federal de 1988, em especial, nos princípios da livre concorrência e a proteção aos direitos do consumidor.

Verifica-se o que a Constituição Federal de 1988 encontra-se voltada de forma mais proeminente para a corrente ideológica do Estado Social, relegando-se de parte das concepções do Liberalismo, embora mantendo uma natureza mista. Objetiva-se elucidar se os princípios da livre concorrência e sua auto regulamentação e a defesa do consumidor com medidas de proteção são princípios conflitantes com as demais normas ou se há prevalência, complementaridade e harmonização.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, prevê como finalidade do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse contexto, a livre iniciativa será analisada em razão de ser um dos mais importantes princípios da ordem econômica constitucional do Brasil, bem como, um dos aspectos a compor o contexto no qual se insere a livre concorrência. A livre iniciativa pressupõe não apenas a idéia de liberdade para

acessar o mercado, mas também a idéia de liberdade para permanecer no mercado em condições de competir em igualdade com os demais agentes de mercado dedicados à mesma atividade, caracterizando-se assim a livre concorrência.

As intervenções do Poder Judiciário e especialmente do CADE devem, de acordo com as normas constitucionais, fazer prevalecer às normas relativas à concorrência como instrumento de implementação de uma política pública e protetora dos consumidores como forma de concretização de valores sociais.

Ao final, será demonstrado as peculiaridades da atuação desse órgão administrativo, que tem como principal objetivo a prevenção, repressão e punição ao abuso de poder econômico, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como são as decisões do CADE na prática.

II. Estudos Preliminares

Verifica-se, historicamente, a decadência do modelo estatal absolutista culminou com o nascimento do Estado democrático de direito, rompendo com o entendimento de que a ordem econômica e social eram matérias alheias à intervenção ou normatização do Poder Público.

O Estado, até então, detinha como atribuições, tão-somente, a defesa externa, a segurança interna e o cumprimento dos acordos contratuais celebrados. A limitação de sua atuação refletia no campo econômico, prevalecendo idéias do liberalismo, como citado na teoria da “mão invisível” de Adam Smith, na qual a persecução dos interesses individuais resultaria no atendimento às necessidades coletivas, não havendo necessidade de intervenção do Poder Público¹.

Todavia, a teoria da “mão invisível” somente poderia conduzir o mercado à realização de resultados socialmente desejáveis se ocorressem

¹ Cf. SMITH, Adam. *A riqueza das nações, investigação sobre sua natureza e causas*. São Paulo: Abril, 1983.

ambientes de concorrência ideal, isto é, nos mercados onde todos os agentes econômicos encontrassem em perfeita igualdade de competição. Assim, diante da realista desigualdades entre os competidores de mercado, houve uma seleção adversa entre estes, fruto tanto da diferença natural de poderio econômico quanto de práticas anticoncorrenciais, aplicadas com o fim de eliminar a competição sadia.

Tais práticas tiveram efeitos desastrosos para a economia das nações, uma vez que proporcionou a criação de diversos trustes, cartéis e monopólios, que realizavam diversos abusos econômicos, e também para sua ordem social, tendo em vista que determinou a concentração de renda nas mãos da parcela mais abastada, gerando uma gama muito grande de pessoas socialmente marginalizadas, excluídas do processo de geração de riquezas.

Assim, mister se fez ao Estado rever seu posicionamento em face de sua ordem econômica e social, saindo de uma postura de inércia, a fim de adotar um posicionamento mais ativo de intervenção, e, assim, garantir equilíbrio e harmonia econômicos, para que o mercado, diante da interferência do Poder Público, atingisse metas socialmente desejáveis para o desenvolvimento da nação.

Desse modo, positivou-se, no plano constitucional, ordem econômica e social como normas materialmente constitucionais, legitimando, no plano infraconstitucional, leis de intervenção pública na economia e de garantia de direitos no campo social.

III. Do Direito Econômico

III.1 – Evolução Histórica

No que tange ao ramo do direito econômico, vale traçar um breve histórico de sua evolução.

O direito econômico como ramo do direito é relativamente recente, vez que durante muito tempo, após a consolidação do modelo de Estado democrático de direito, o ideário do liberalismo econômico prevalecia, fato que mitigava e, não raro, anulava a legitimação do Poder Público para interferir no processo de geração de riquezas da nação. Os primeiros atos normativos que versavam sobre matéria econômica tratavam basicamente de coibição à prática de trusts (merece destaque o Decreto de Allarde, na França, em 1791). Todavia, a legislação antitruste de combate à concentração de empresas, à imposição arbitrária de preços, dentre outras infrações à ordem econômica, somente foi sistematizada na América do Norte, por meio da edição do *Competition Act*, em 1889 no Canadá, e do *Sherman Act*, no ano de 1890 nos Estados Unidos.

No Início, o direito econômico era sinônimo de direito antitruste. Entretanto, tendo em vista as grandes disputas comerciais e as desigualdades sociais, oriundas dos efeitos excludentes do capitalismo liberal, restou clara a necessidade de intervenção do Estado na área econômica, para garantir a manutenção de seus mercados internos e da pacificação externa, e no campo social, a fim de se estabelecer políticas públicas de redistribuição de rendas e de inclusão social. Isto porque a experiência liberal conduziu a ordem econômica e social à concentração monopolística de poderio econômico nas mãos dos grandes conglomerados empresariais, por meio da exclusão de mercado dos médios e pequenos competidores, resultando na quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929; às disputas bélicas externas que culminaram em dois grandes conflitos mundiais; e à marginalização e exclusão social de todos os menos abastados, que, por qualquer razão, encontravam-se excluídos do processo de labor diário de geração de renda.

Todavia, a ordem econômica e social somente ganhou *status* de norma materialmente constitucional com a Constituição alemã de 11.8.1919 (*Weimar*), que foi a primeira a abandonar a concepção formalista e individualista oriunda do liberalismo do século XIX para se ocupar da justiça e do social, estabelecendo que a “ordem econômica deve corresponder aos princípios da justiça, tendo por objetivo garantir a todos uma existência conforme a dignidade

humana. Só nestes limites fica assegurada a liberdade econômica do indivíduo” (art. 151). Outrossim, deu maior relevância à função social da propriedade, ao declarar que ela cria obrigações ao seu titular e que seu uso deve ser condicionado ao interesse geral (art. 153). Rompendo os cânones do direito individualista, a Constituição conferiu ao Estado competência para legislar sobre socialização das riquezas naturais e as empresas econômicas (art. 7º, § 13).

Assim, depreende-se que o nascimento do direito econômico deu-se diante da necessidade de se normatizar um conjunto de princípios e regras que disciplinassem o processo de intervenção do Estado na ordem econômica e social.

III.2 – Conceito

Nas lições do jurisfilósofo alemão Rudolph Von Jhering, adotando se um conceito de caráter subjetivo, o direito pode ser visto como um complexo de condições existenciais da sociedade, asseguradas de forma imperativa pelo Poder Público, a fim de que os indivíduos possam exercê-las quando se fizer necessário.

Em resumo, podemos conceituar o direito como um conjunto de normas refletidas pelas ações humanas na vida social, estabelecidas por uma organização soberana e impostas de forma coercitiva à observância de todos.

O direito é uno *per sí*, enquanto ciência social aplicada, não havendo que se falar em qualquer segregação nos diversos campos de estudo.

Todavia, a separação do direito em público e privado advém do modelo de reconfiguração estatal que culminou no aparecimento do Estado democrático de direito, embasado no pensamento de Thomas Hobbes, agregadas às lições de John Locke, dois grandes pensadores que apontaram a necessidade de contenção da autoridade pública em relação ao cidadão e consagrando o regime de proteção do domínio privado e das liberdades individuais.

Assim, verifica-se que o direito privado é um sistema regulamentador das relações jurídicas entre membros da sociedade civil, incluindo-se as pessoas naturais ou jurídicas, tendo em vista a proteção do interesse particular dos indivíduos ou a ordem privada. Em contraposição, o direito público disciplina as relações jurídicas de forma mais abrangente, além dos interesses meramente individuais, focando-se nos interesses público, difuso e coletivos. Esse são, verdadeiramente, interesses sociais e estatais a serem preservados e, de forma reflexa, abarcando os interesses individuais.

Podemos conceituar o direito econômico como o ramo do direito público que disciplina a condução da vida econômica da Nação, tendo como finalidade o estudo, o disciplinamento e a harmonização das relações jurídicas entre os entes públicos e os agentes privados, detentores dos fatores de produção, nos limites estabelecidos para a intervenção do Estado na ordem econômica.

Outrossim, podemos conceituar, subjetivamente, o direito econômico como o ramo jurídico que disciplina a concentração ou coletivização dos bens de produção e da organização da economia, intermediando e compondo o ajuste de interesses entre os detentores do poder econômico privado e os entes públicos.

Podemos definir, ainda, objetivamente o direito econômico como o conjunto normativo que rege as medidas de política econômica concebidas pelo Estado para disciplinar o uso racional dos fatores de produção, com o fito de regular a ordem econômica interna e externa.

É ramo do direito público, uma vez que disciplina as relações jurídicas travadas pelo Poder Público em face dos agentes econômicos privados que atuam e operam no mercado. Todavia, conforme veremos adiante, trata-se de ramo eclético do direito, uma vez que é fortemente permeado de institutos do direito privado, por disciplinar atividades típicas do particular.

A intervenção do Estado na ordem econômica somente se legitima na realização do interesse público. Em outras palavras, somente há que se falar em

interferência do Poder Público no processo de geração de riquezas da nação quando esta se der nos interesses do povo, a fim de garantir o bem estar social.

No que tange à nossa atual Constituição, depreende-se que a interferência do Poder Público na vida econômica da nação somente se justifica quando visa fins maiores de interesse coletivo, mormente o atendimento das necessidades da população.

Nessa linha, menciona-se os seguintes artigos da Constituição Federal:

Art. 170. 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: [...]

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Por óbvio, que o Brasil adota a livre-iniciativa como princípio fundamental e valor da ordem econômica, a interferência do Poder Público na economia da Nação somente se justifica quando tiver interesses sociais maiores, tais como os objetivos fundamentais, constantes nos incisos do art. 3º da CF.

Assim, o direito econômico tem por fim a realização das metas de transformação social e maximização do desenvolvimento da Nação brasileira.

III.3 – Características e Princípios Gerais

III.3.a – Características

O direito econômico tem como característica a influência do Estado nas relações socioeconômicas, atuando com prevalência sobre a autonomia de vontade das partes para regular a atividade econômica.

Destacam-se as seguintes especificidades do direito econômico²:

a) *recenticidade*: é um ramo do direito novo, recente, que teve sua gênese com o intervencionismo econômico (teoria moderna econômica – macroeconomia), com o fito de discipliná-lo e regrá-lo. Portanto, sendo um ramo científico do direito ainda em formação, fica sujeito às constantes influências e mudanças que ocorrem no dinâmico mercado econômico;

b) *singularidade*: é um ramo jurídico próprio para o fato econômico característico de cada país, não havendo, comumente, um conjunto de regras para norteá-lo, como ocorre com outros ramos do direito, tais como o civil e o penal;

c) *mutabilidade*: suas normas são sujeitas a constantes mudanças de ordem política e econômica, havendo tendência de curta vigência no que se refere a seus diplomas legais. Daí decorre uma produção normativa abundante e constante, sendo mister não se sujeitar seu disciplinamento apenas ao crivo do Poder Legislativo, outorgando-se grande parcela de competência normativa ao Executivo, ante a especificidade do tema e a celeridade de soluções que seus conflitos exigem;

d) *maleabilidade*: dada a necessidade de farta produção normativa, os estatutos de direito econômico não devem ficar presos e atados unicamente às

² MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra:Coimbra, 2000. p. 59-63

espécies normativas próprias do Legislativo para terem vigência e eficácia. Muitas de suas normas, em que pese retirarem fundamento de validade da lei, devem ser produzidas por mecanismos mais céleres, próprios do Executivo, a fim de disciplinar os fatos econômicos e a dinâmica de mercado;

e) *ecletismo*: apesar de ser ramo do direito público, o direito econômico mescla valores e princípios do direito privado. Isto porque, dentro de um posicionamento estatal regulador ante a ordem econômica, o Poder Público assume postura mais direcionadora, normatizadora e fiscalizadora da ordem e dos agentes econômicos, procurando abster-se de empreender dentro da atividade econômica. Destarte, deve orientar sua normatização não somente dentro dos princípios de direito público, mas também no direito privado, de maneira a viabilizar a atividade econômica do agente privado;

f) *concretismo*: o direito econômico disciplina os fenômenos socioeconômicos concretos, visceralmente vinculado aos fatos históricos relevantes ao Estado e aos indivíduos.

III.3.b - Princípios gerais

Os princípios gerais do direito econômico são fundados, norteados e permeados, concomitantemente, em valores de direito público e de direito privado, dado o ecletismo que caracteriza este ramo jurídico, outorgando aos referidos princípios traços próprios e específicos que os distinguem de sua aplicação em outros ramos do direito.

Princípio da economicidade - É oriundo do direito financeiro, com previsão expressa no art. 70, *caput*, da CF. Todavia, a aplicação deste princípio no direito econômico deve ser precedida de um exercício de direito econômico sistemático de hermenêutica constitucional, a ser norteadada e permeada pelo ecletismo de valores do direito privado que caracterizam este ramo jurídico. Interpretando-se sistematicamente o art. 70, *caput*, combinado com o art. 3º, II,

art. 170, *caput*, e art. 174, *caput*, todos da CF, sua exegese nos remete que a economicidade, sob o direito econômico, significa que o Estado deve focar suas políticas públicas de planejamento para a ordem econômica em atividades economicamente viáveis, tanto a curto quanto a longo prazo, garantido, assim, o desenvolvimento econômico sustentável e racional do País.

Princípio da eficiência - É oriundo do direito administrativo, com previsão expressa no art. 37, *caput*, da CF, sendo aplicado no direito econômico mediante exegese sistêmica do referido dispositivo com as previsões contidas no art. 170 e incisos da CF, mormente a livre-iniciativa e a livre concorrência. Assim, no campo do direito, determina que o Estado, ao estabelecer suas políticas públicas, deve pautar sua conduta com o fim de viabilizar e maximizar a produção de resultados da atividade econômica, conjugando os interesses privados dos agentes econômicos com os interesses da sociedade, permitindo a obtenção de efeitos que melhor atendam ao interesse público, garantido, assim, o êxito de sua ordem econômica.

-Princípio da generalidade - Confere às normas de direito econômico alto grau de generalidade e abstração, ampliando seu campo de incidência ao máximo possível, a fim de possibilitar sua aplicação em relação à grande multiplicidade de organismos econômicos, à diversidade de regimes jurídicos de intervenção estatal, bem como às constantes e dinâmicas mudanças que ocorrem no mercado. Isto porque o ordenamento de direito econômico deve ser capaz de se adaptar às alterações mercadológicas de maneira célere, garantido a eficácia de sua força normativa, como instrumento disciplinador do fato econômico.

IV. Direito de Concorrência

No capitalismo vigente no mundo contemporâneo, o direito antitruste, sob a égide do direito econômico, tem por princípio que a concorrência é benéfica ao desempenho econômico de mercado, tendo em vista que o mercado livre é

mais eficiente em razão da quantidade e da variedade de mercadorias produzidas a preços satisfatórios e condições adequadas à suprir a demanda de consumo.

A legislação de defesa da concorrência pretende promover a eficiência econômica pela maior satisfação dos consumidores e, em contrapartida, maior possibilidade de lucros aos produtores. O bem jurídico tutelado pela legislação antitruste é o mercado competitivo, com as conseqüências a ele inerentes.

A concorrência, como fenômeno econômico, tem dado origem a diversas teorias. A explicação do fenômeno e a fundamentação dos atos de controle estatal evoluem de acordo com o momento histórico e político. Entre os teóricos, não se defende a existência de concorrência pura ou perfeita, em que há grande número de competidores atuando livremente no mercado de um produto e ocasionando demanda equilibrada de oferta e procura de forma que os preços de bens e serviços se formam sem influência de alguns agentes mais poderosos. Admitem-se outros fatores na análise do fenômeno da concorrência.³

Fala-se em concorrência praticável ou *workable*. Há sujeição, das empresas que atuam no mercado com oferta de bens e serviços, ao controle estatal. A ordem jurídica ora previne ora reprime condutas públicas ou privadas capazes de influenciar o mercado.

O poder público intervém para coibir os abusos cometidos em razão do poderio econômico das grandes empresas que, como tendência do crescimento econômico, apresenta aspectos negativos à economia, ao meio social e às próprias empresas concorrentes a ela integrada. Para a economia, tais ocorrências podem indicar a tendência ao monopólio, além do uso indiscriminado do poder econômico por meio de manipulações abusivas⁴.

A intervenção do Estado - por regulamentação de instrumentos jurídicos sem vínculos de subordinação e criação de tipos normativos - pode apresentar função neutralizadora dos efeitos anticoncorrenciais. Os efeitos

³ VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p.26-27

⁴ ALVAREZ QUELQUEJEU, L. C. *La sociedad limitada como instrumento de la concentracion de empresas*, 11.ED. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995, p.15 e ss.

negativos do fortalecimento do poder econômico podem ser mitigados pelo amparo jurídico das regras concorrenciais.

À ordem jurídica impõe-se evitar, em favor da própria subsistência do modelo econômico, entraves à livre concorrência ou a livre iniciativa, dominação do mercado relevante de bens ou serviços, aumento arbitrário de lucros e exercício abusivo em face de posição dominante, tudo, no sentido atender aos interesses da coletividade.

Assim, quanto mais alternativas de produtos o consumidor tiver, ocasionado pela variedade de empresas, maior será a possibilidade de uma boa escolha. Quanto mais alternativas mais aumenta a carga informativa do consumidor relativa à sua preferência sob determinado produto. É exatamente isso que significa a concorrência: informação e liberdade de escolha que permite ao consumidor aferir as melhores opções existentes.

Para a regulação econômica o Estado retira-se do cenário na qualidade de operador, mas a sua presença ainda se faz sentir, fortemente, no controle de atos e diretrizes econômicas.

Das concepções ideológicas do Estado, o bem comum é uma meta desde e sempre presente e nesse passo então, é que ainda incumbe ao poder público regular os negócios nas atividades econômicas. Eliminar essa possibilidade, pode comprometer aquele ideal, como escreveu Eros Grau:

"A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem destarte, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social"⁵.

No caso da regulação, a exigência de intervenção é constitucional – Art. 174 e 175 da Constituição Federal. Sim, pois ainda que o Estado conceda ou permita a execução do serviço por um particular, esses serviços continuam a ser constitucionalmente denominados de serviços públicos, como no caso das Leis

⁵ *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, p.56

9.427/96 (Art. 3º, IV) e 9.472/97 que instituíram as agências reguladoras de energia elétrica e do setor de telecomunicações respectivamente.

Mas, o que se pretende através da regulação é desregular para regular melhor. O Estado mantém-se na defesa do interesse público, mas agora, apenas como um órgão controlador (não participante) dos interesses do mercado.

A teoria da regulação não implica, pois, numa intervenção direta do Estado na economia como um agente prestador de serviço, mas como um agente controlador do mercado, controle esse exercido quer pela concessão do serviço público, quer pelo exercício do poder de polícia. A lição vem de Calixto Salomão ao iniciar a abordagem deste tema:

"A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização - impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação" ⁶.

O Estado não intervém diretamente, mas dá diretrizes para os atos econômicos e por eles responde. Por isso, há um sistema de controle dos atores econômicos, sobretudo quanto aos movimentos que congregam empregadores e promovem aglutinação de capitais ou esforços.

As concessões e suas condições, sujeitam-se ao controle estatal porque pode ter efeitos lesivos à concorrência praticável, como o domínio de mercados e a criação de monopólios. Denota-se, também, a preocupação com algumas técnicas concentracionistas que podem conduzir à repartição de mercados,¹¹ ou com os denominados “loteamentos” entre aqueles agentes que detêm o poder econômico.

⁶ *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.15

Vê-se, pois, que o Estado reduz a intervenção, mas não deixa de continuar regulando a atividade econômica a fim de evitar o abuso, o crescimento desmedido de concentração, a concorrência desleal, o preço abusivo, etc. Eis aí, a linha tênue que separa a regulação e o direito concorrencial. Daí dizer que uma das atribuições do Estado ao regular os serviços públicos, é manter as condições básicas de concorrência. O mercado livre não gera ampla possibilidade de escolha e acesso ao conhecimento econômico, características do direito antitruste.

No ordenamento jurídico brasileiro e em outros, coíbe-se qualquer forma de ajuste destinado ao controle de mercado, à extirpação da concorrência, ou à formação de monopólios ou oligopólios.

O Direito Econômico, no assunto aqui tratado - formas regulatórias e direito concorrencial – não consegue alcançar hipóteses novas criadas pelos empresários no âmbito da autonomia privada que lhe é garantida. O domínio do lícito decorre muito mais do exame de situações concretas, do que da lei.

É o Direito Constitucional, com seus princípios, que vai alcançar essas hipóteses. Dentro do poder normativo e regulador que a Constituição Federal confere ao Estado, o intérprete pode argumentar que a intervenção – a regulação estatal - sempre se fará necessária quando a empresa ou o empresário violar os princípios gerais da atividade econômica delineados no Art. 170, sobretudo no aspecto da livre concorrência.

V. Da Livre Iniciativa

A livre iniciativa é tratada como fundamento da República Federativa do Brasil, pois a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso IV, dispõe que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de

Direito e tem como fundamento: IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa”.

O tratamento privilegiado aponta para a posição de destaque que deve ocupar a livre iniciativa, um dos fins de nossa estrutura política, é dizer, um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, de maneira que com a livre iniciativa assegurou-se a liberdade da escolha da profissão e das condições de trabalho.

O artigo 170 ‘caput’ da Constituição Federal de 1988 dispõe que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:” Em seu parágrafo único dispõe que: “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A livre iniciativa não só consubstancia alicerce e fundamento da ordem econômica, como também deita raízes nos direitos fundamentais, aos quais se faz ínsita uma especial proteção, se no caput do artigo 5º se encarregou de garantir o direito a liberdade, no viés econômico ela ganha contornos mais preciso justamente na livre iniciativa.

Sendo livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inciso XIII), esta liberdade compreende também a liberdade de se lançar na atividade econômica de acordo com o artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal de 1988.⁸

O princípio da livre iniciativa é considerado como fundamento da ordem econômica e atribui à iniciativa privada o papel primordial na produção ou circulação de bens ou serviços, constituindo a base sobre a qual se constrói a ordem econômica, cabendo ao Estado apenas uma função supletiva, pois a

⁸ PETER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 163.

Constituição Federal de 1988 determina que a ela caiba apenas a exploração direta da atividade econômica quando necessária à segurança nacional ou relevante interesse econômico.

A livre iniciativa erigida à condição de fundamento da ordem econômica e simultaneamente constitucional fundamental a livre iniciativa talvez constitua uma das mais importantes normas de nosso ordenamento constitucional⁹.

Livre iniciativa nas palavras de Miguel Reale:

[...] não é senão a projeção da liberdade individual no pleno da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170¹⁰.

A livre iniciativa pode ser compreendida como a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas, de maneira livre e sem intervenção direta do Estado.

A liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial ou de livre acesso ao mercado, somente é protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e a justiça social.

A consagração da livre iniciativa significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social. 107 A garantia da liberdade de iniciativa é a melhor forma de

⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 374.

¹⁰ REALE, Miguel apud PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 161.

organização do mercado, porém precisa ser desenvolvida de acordo com os interesses da coletividade.

A livre iniciativa deve ser exercida sob determinados princípios inerentes à exploração econômica, sempre no intuito de atender aos interesses de sua clientela, deve-se o empresário pautar-se pela honestidade e lealdade para o desenvolvimento de sua atividade econômica.

Eros Roberto Grau considera a livre iniciativa como resistência ao poder e como reivindicação por melhores condições de vida, descrevendo a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado.¹⁰

A concretização do direito de livre iniciativa econômica ou livre empresa compreende a preservação do seu conteúdo múltiplo enquanto liberdade de acesso ao mercado e de exercício ou cessação da atividade empresarial, nenhum destes aspectos poderá ser eliminado em favor do outro, a manutenção deles é condição necessária de afirmação do direito da livre empresa.

A liberdade para criar e explorar uma atividade econômica, seja, como qualquer princípio, a livre iniciativa não pode ser considerada absoluta, mas relativizada em função de seu valor social, uma vez que há restrições que a própria ordem econômica, refletida em lei, impõe sobre ela. Evidentemente tal relativização não pode ser desproporcional, de forma a frustrar o conteúdo essencial do direito à livre iniciativa.

A livre iniciativa não deve ser tida como uma liberdade anárquica, porém social e passível de ser limitada, o que é justamente feito pelo Estado quando a Constituição Federal de 1988 determina que o Estado deva intervir para assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social seja através da aplicação de legislação constitucional ou infraconstitucional. A permanência do agente econômico no mercado demandará o cumprimento de regras de controle de mercado, o que induz a uma necessária contraposição de valores expressos

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, 2 ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunal, 1991, p. 222.

individualmente em cada um dos princípios constitucionais. O Estado pode exercer sua função reguladora e controladora da atividade econômica, porém não pode interferir na livre iniciativa.

O postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa, significando a liberdade garantida a qualquer pessoa, e uma outra que assume o viés negativo, impondo a não intervenção do Estado, que só pode se configurar mediante a atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa.

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 em seu parágrafo único dispõe que:

“é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A liberdade privada dedica-se a uma determinada atividade econômica, o que significa tão somente liberdade de desenvolvimento dessa atividade no quadro estabelecido pelo Poder Público, dentro dos limites normativamente impostos a essa liberdade, necessário que seja reconhecida às restrições impostas pelas leis, no entanto as mesmas terão que serem plausíveis e compatíveis com o interesse público e da coletividade.

Fábio Ulhoa Coelho defende que a atitude do empresário em buscar lucros, esses que serão gerados por sua empresa, no intuito de atender as necessidades suas e de sua família, bem como buscar sua satisfação pessoal, não seria caso de livre iniciativa ilegítima. Somente pode-se considerar ilegítima ou inconstitucional se não refletir a mesma igualação valorativa dos demais princípios constitucionais.¹¹

Pode ocorrer à concentração do poder econômico como ofensa a livre iniciativa, necessitando também da intervenção do Estado, para que a livre

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. 11. ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 188.

iniciativa não possa sucumbir. Ao contrário do que se poderia imaginar, a intervenção do Estado no domínio econômico, muito antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, tem por fim, mesmo preservá-la.

O desenvolvimento do poder econômico, fundado na concentração de empresas, é também fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas.

A livre iniciativa como direito à livre criação de empresa. Deve ser contextualizada em sua função social e poderá, conforme a hipótese, ser tutelada pelas normas antitruste, por meio do controle de exercício abusivo da livre iniciativa alheia, isto é, do detentor de poder econômico que, por meio de prática abusiva, busca impedir o livre exercício da iniciativa econômica por terceiro.

Pode-se afirmar que o legislador constituinte procura assegurar a liberdade de acesso do mercado e a permanência no mesmo, a livre iniciativa será regulada e controlada pelo Estado, dentro é claro dos limites já estabelecido pela legislação, o Estado irá também proteger a livre iniciativa através de sua intervenção mínima quando necessário.

VI. Do Princípio da Livre Concorrência

O Princípio Constitucional da Livre Concorrência Contempla o texto constitucional em seu no artigo 170, inciso IV, a livre concorrência, como princípio da ordem econômica. A livre concorrência é como à abertura jurídica concedida aos particulares competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.¹²

¹² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006, p 259.

A livre concorrência visa buscar chances iguais para a disputa do mercado entre os particulares que desejarem exercer e permanecer numa atividade econômica, inclusive no direito de entrar na atividade econômica pode ser vista como livre iniciativa e o direito de permanecer no mercado seria a livre concorrência.

A livre concorrência tem como centro de suas atenções o consumidor, considerado como parte vulnerável da relação de consumo a merecer a proteção jurídica promovida também pela tutela da livre concorrência e igualmente aceitável que a tutela da concorrência presta-se pela garantia de um eficiente e legítimo sistema econômico de mercado.

Através da livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor.

Isabel Vaz comenta que a livre concorrência, tradicionalmente, pressupõe:

[...] uma ação desenvolvida por grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, nos preços de bens e serviços.¹³

As regras da concorrência não se limitam a defender o mercado como ordem normal das trocas econômicas. Organizam o mercado e desenvolvem no pressuposto de que seu funcionamento livre decorra: uma ordem econômica mais justa e eficiente. A defesa da concorrência é levada a cabo porque se acredita ser ela a melhor garantia para a realização dos objetivos da política econômica.

O mercado capitalista é uma realidade social que cabe ao Estado regulamentar, de modo que a perenidade daquele depende da atuação estatal. O

¹³ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.27.

direito concorrencial não poderia ser interpretado apenas como um mecanismo de eliminação de efeitos autodestrutíveis do mercado liberal, mas como verdadeira técnica de que se vale o Estado na implementação de políticas públicas.

No entendimento de Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, políticas públicas

podem ser entendidas da seguinte maneira:

[...] o conjunto de medidas utilizadas pelos governos para intensificar, valorizar o desafio dos mercados inibindo tanto ações privadas como governamentais. Exemplificativamente, a aplicação dos objetivos da política de concorrência podem compreender a privatização das empresas pertencentes ao Estado, a redução de subsídios específicos para empresa, a diminuição das exigências para licenciamento de novos investimentos ou a adoção de medidas de liberalização do comércio. [...]

[...] o direito da concorrência é apenas um dos muitos instrumentos da política de concorrência, a qual, ademais, possui um arsenal de medidas outras, exemplificativamente, restrições à entrada, regulação do comércio, restrição à saída, barreiras ao comércio e aos investimentos exteriores e advocacia da concorrência. Deve-se ter em mente, ainda, que são os objetivos e prioridades da política concorrencial que influenciam o desenvolvimento e a interpretação das leis de concorrência [...]

[...] Impõe-se considerar também o bem-estar geral, que, pode acarretar a diminuição da importância dada ao aspecto do bem-estar do consumidor, enquanto componente da política da concorrência. O desenvolvimento de tal política deve levar em conta não somente as pressões domésticas, pois, em mercados globalizados, as políticas são elaboradas em resposta, também, a

pressões externas. Por isso, a regulação das concentrações, frequentemente, inclui preocupações relativas à concentrações tanto domésticas, como internacionais.[...].¹⁴

A coexistência de três identidades é necessária para que se verifique a concorrência, o tempo, o objeto e o mercado. De maneira que para a existência da concorrência necessária que esteja ocorrendo o fato na mesma época, com o objeto de espécie idêntica, seja produto ou serviço e que esteja diante da identidade de mercado e não mais se é colocada à identidade de território em razão de já ser possível à concorrência entre territórios distantes.

Para a caracterização da concorrência, necessária a existência de liberdade para fazer surgir diversos produtores ou prestadores de serviços a fim de praticarem a mesma atividade econômica, de tal sorte a garantir para sociedade a possibilidade de escolha do melhor produto, preço, condições de pagamento, etc.

Estimula-se, assim, em face da competitividade, um maior desenvolvimento do país e uma busca no aprimoramento da atividade econômica, uma vez que é necessária uma constante atualização para um concorrente não ser superado por outro.

A livre concorrência não é só aquela que espontaneamente se cria no mercado, mas também aquela outra derivada de um conjunto de normas de política econômica. Existindo um regime normativo da defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condições de mercado livre, de maneira que o princípio constitucional autoriza esta sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições.

A concorrência empresarial tem natureza de instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal não é simplesmente reprimir

¹⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25-26.

práticas econômicas abusivas e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço do desenvolvimento.

O objetivo da defesa da concorrência é de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que o mercado livre, que selecionando os mais capazes, logra em orientar a produção para os setores suscetíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e ao mesmo tempo a mais eficiente à afetação dos recursos econômicos disponíveis, seja os mais baixos e custos de preços.

Contribuindo dessa maneira para o desenvolvimento econômico do país e melhora nas condições de vida do ser humano, pois a concorrência pode ser considerada como força motiz da economia e do desenvolvimento econômico do país.

A livre concorrência muitas vezes tem seu alcance reduzido pelo abuso do poder econômico, porém o § 4º do artigo 173 da Constituição Federal de 1988 esclarece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, à dominação dos mercados e ao aumento arbitrário dos lucros.

Ainda hoje se vislumbra os preceitos constitucionais, no que tange à determinação em se reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados e à eliminação de concorrência; atender ao princípio da livre concorrência; reprimir o aumento arbitrário de lucros, atendendo ao princípio da defesa do consumidor. E, nesse sentido, ao atender os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, nada mais se está fazendo senão instrumentalizar a promoção da dignidade humana.

O direito da concorrência engloba as regras que têm por objeto a intervenção do Estado na vida econômica para garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusiva.

A livre concorrência goza do amparo constitucional, é de suma importância para o desenvolvimento do país, como complemento da livre iniciativa,

que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, até mesmo porque a livre concorrência é uma manifestação da livre iniciativa, que juntamente com a valorização do trabalho humano, são base do Estado Democrático de Direito, assim tem a função de assegurar a vida digna e efetivação da justiça social.

No entanto quando ocorrem eventuais ilegalidades e excessos deverão ser reprimidos pelos mecanismos que a própria legislação estabelece, para que se cesse a injustiças e para que se lute para uma igualdade de oportunidades entre os cidadãos.

VII. ESTRUTURAS E DESVIOS DE MERCADO

Importante consignar que mercado entende-se como um local ou contexto em que compradores e vendedores de bens, serviços ou recursos estabelecem contato e efetuam transações e negócios. O lado dos compradores é constituído tanto de consumidores, os quais são compradores de bens e serviços, tanto de empresas, ou seja, compradoras de recursos utilizados na produção de bens e serviços.

O consumidor tem o mercado como sendo um local geograficamente localizado, como uma feira livre, um lugar estabelecido e específico, onde vendedores e compradores se encontram para trocarem seus produtos.

A função essencial do mercado se coloca na manutenção de relações de intercâmbio entre os diferentes produtores e entre estes e os consumidores, desempenhando, portanto, no sistema de livre concorrência, a função mecânica de fixador de preços.

Fábio Nusdeo leciona que um pressuposto do sistema de mercado, imprescindível para lhe assegurar o pretendido automatismo e adaptabilidade a condições mutantes, constitui a chamada atomização, isto é, o mercado para ter

adequado funcionamento deve ser composto por um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca, e nenhum deles muito grande e muito importante.¹⁴

No entanto, o mercado pode sofrer abalos em razão de diversos tipos de fatores, tais como de simulações, fraudes, monopólio e outros, afetando o equilíbrio entre as ofertas e procura e entre os preços.

A concentração econômica representa uma falha no mercado que inibe os mecanismos decisórios e controladores do mercado. Em um mercado concentrado, a alta de preços proveniente de um aumento da procura não necessariamente levará a um aumento da oferta, pelo simples fato de ser mais fácil para as poucas unidades nele atuantes conluiarem-se e elevarem mais o preço. Por outro lado, estes poderão também subir, por iniciativa dos vendedores conluídos, sem qualquer relação com um a possível elevação da procura.

A concentração econômica reflete a existência de uma falha na estrutura dos mercados, ou seja, compõe um quadro em que os pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, perdendo sua operacionalidade.

Podem-se classificar as estruturas de mercado para o setor de bens e serviços da seguinte forma: concorrência perfeita, concorrência imperfeita ou monopolística, oligopólio, olipsônio, monopólio e monopsônio.

VII.1 CONCORRÊNCIA PERFEITA E IMPERFEITA

A concorrência perfeita é uma situação de mercado em que o número de compradores e vendedores é suficientemente grande, a ponto de que nenhum

¹⁴ NUSDEO, Fabio. *Curso de econômica: Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed.rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 146.

deles, agindo individualmente, consegue afetar o preço. Ademais, nessas condições, os produtos de todas as empresas no mercado são homogêneos.

Esta estrutura de mercado tem por escopo elucidar o funcionamento ideal de uma economia. O ilustre professor Fabio Nusdeo aponta vários requisitos para a caracterização de uma concorrência perfeita. Vejamos alguns deles:

- a) grande número de compradores e de vendedores em interação recíproca;
- b) nenhum deles suficientemente importante a ponto de exercer qualquer influencia nas condições de compra ou de venda do produto em questão (atomização de mercado);
- c) homogeneidade do produto objeto das operações;
- d) plena mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, isto é, facilidade de acesso ao mercado e de retirada dele por parte de qualquer interessado;
- e) pleno acesso dos operadores a todas as informações relevantes;
- f) ausência de economias de escala;
- g) ausência de economias externas.¹⁵

A partir de uma descrição do modelo da concorrência perfeita como referencia, precisa-se examinar as regras pelas quais podemos avaliar como um protótipo de eficiência social.

A primeira é a forma como se apresenta a função procura para uma empresa perfeitamente competitiva. A segunda é a demonstração de que a maximização do lucro (no sentido de máximo benefício atingível pelo produtor) não é conflitante, na concorrência perfeita, nem com o máximo benefício do consumidor nem com a alocação ótima dos recursos, do ponto de vista dos interesses da sociedade como um todo. O terceiro é comparar as condições de

¹⁵ NUSDEO, Fabio. *Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 263.

equilíbrio assim estabelecidas com o que se verifica na realidade dos mercados. Após se deduzirão regras para intervenção corretivas e para exceções que atendem a outros requisitos de eficiência em escala social.

O fato de todos os agentes subordinarem-se ao patamar de preços formados pelo funcionamento normal mercado é uma decorrência natural de suas diminutas taxas de participação nas vendas e nas compras totais.

As parcelas do abastecimento do mercado ou das aquisições são tão ínfimas, tanto para a empresa como para os consumidores, que nenhum deles reúne condição para operar a preços minimamente divergentes ou conflitantes daqueles definidos pelo mercado.

A concorrência perfeita representa o modelo onde são muitos os vendedores e, igualmente, muitos os compradores. Isoladamente, nenhum deles tem o poder suficiente para dominar o mercado, porém à idealização desta descrição opõe-se a realidade da vida.

Uma empresa, isoladamente considerada, não consegue vender por um preço superior ao de equilíbrio. Tal fato pode ocorrer por duas razões: a primeira é o perfeito conhecimento de todos os participantes das condições em que o mercado está operando. A segunda é o elevado número de outras empresas dispostas a vender pelas condições vigentes.

Da mesma forma, os compradores: isoladamente não detêm condições para forçar os uma redução significativa do preço de um produto.

E, tanto de um lado como de outro, não são admissíveis coalizões para semelhantes propósitos, pelo simples fato de que, existindo quaisquer formas de agrupamentos conspirativos de agente individuais, para imposição de quaisquer condições, o modelo se desvia das hipóteses que definem a concorrência perfeita.

Em oposição, ao preço de equilíbrio não há quaisquer limitações para quantidades que cada agente decida vender ou comprar. Isto porque, por maiores

que sejam essas quantidades, elas ainda serão pequenas, por definição, para abalar o equilíbrio de mercado estabelecido.

Percebe-se que a concorrência perfeita está longe de ser atingida, embora seja um ideal a ser alcançado, porém na busca de melhor posição é que se deve ter cuidado para não se afastar dos limites à livre concorrência, devendo respeitar os direitos consagrados sob pena de incorrer na prática de ato abusivo que venha a caracterizar a concorrência desleal, o que é reprimido pela legislação legal.

A concorrência perfeita é a que mais se destaca, sendo esta concepção mais teórica segundo a doutrina econômica, porque os mercados altamente concorrenciais existentes, na realidade, são apenas aproximações desse modelo, eis que, em condições normais, sempre parece existir algum grau de imperfeição que distorce o seu funcionamento.

No caso da estrutura da concorrência perfeita, é praticamente impossível que a empresa tenha condições de exercer alguma influência sobre a formação e o controle do preço.

Total subordinação da empresa aos preços ditados pelo mercado advém, ademais, de sua limitada participação nesse mesmo mercado. A parcela do abastecimento do mercado proporcionada pela empresa perfeitamente competitiva é tão diminuta, e o número de concorrentes, tão elevado, que a empresa não reúne qualquer condição para vender sua produção a preços superiores aos determinados pelo livre jogo de seus preços para níveis inferiores. Como o volume de sua participação é insignificante, a empresa poderá vender a quantidade que desejar desde que se subordine aos preços vigentes.

Devido ao surgimento das grandes empresas, ao desenvolvimento do comércio, à diferenciação dos produtos, às campanhas publicitárias e à dificuldade para o estabelecimento de novas empresas, entre outros fatores, a concorrência perfeita é praticamente impossível.

Em sentido oposto existiriam os mercados imperfeitamente competitivos, onde apesar de a concorrência ocorrer entre produtos e

compradores, suas condições não são ideais, pois faltam os pressupostos dos mercados perfeitamente competitivos.

No mundo real não há perfeição, os mercados reais são mais ou menos imperfeitos. Na concorrência imperfeita, os vendedores podem influenciar os compradores e o fazem através de uma publicidade maciça e da diferenciação de produtos.

Na concorrência imperfeita os bens e serviços não são totalmente homogêneos, a mobilidade dos fatores de produção está longe de ser completa, as unidades de produção não tem dimensão semelhante, de modo que algumas delas influenciam o mercado e as variações dos preços não correspondem sempre à variação das preferências dos consumidores e produtores.

Esse regime caracteriza-se pela existência de um número bastante grande de compradores e vendedores, porém em relação aos requisitos encontrados na concorrência perfeita não são os mesmos aqui encontrados, seja a homogeneidade dos produtos negociados no mercado.

Como compradores e vendedores não se encontram atomizados nem atuam exclusivamente em função do preço, objetivamente fixados por um mercado único, a procura não apresenta fluida, mas sim viscosa, ou seja, determinados consumidores estão jungidos a determinados fornecedores, seja em função de sua localização física, seja pela preferência pó determinada marca, seja em virtude de publicidade, seja por qualquer outro motivo.

Na concorrência imperfeita existe a possibilidade de uma empresa atuar não em um, mas em vários mercados que são discriminados em função do processo de diferenciação do produto, ainda relevante ressaltar que quanto mais imperfeita for à concorrência mais difícil se torna a interligação entre os compartimentos do mercado e, em cada um deles, os vendedores desfrutarão de uma posição próxima à de um monopolista. Daí ser o regime também chamado de concorrência monopolísticas, pois em alguns casos mais extremos, a possibilidade competitiva dentro de cada segmento tornou-se muito remota.

Na concorrência imperfeita a qual também é chamada de concorrência monopolista, as empresas produzem produtos diferenciados, porém com substitutos próximos, por exemplo, as empresas de diferentes tipos de cigarros, sabonete ou refrigerantes.

Nesse tipo de estrutura o consumidor tem várias opções semelhantes para o consumo, de maneira que conseguem fugir do aumento dos preços, ainda igualmente a concorrência perfeita não existe barreiras para a entrada de novas empresas.

VII.2 MONOPÓLIO E OLIGOPÓLIO

No monopólio o setor é a própria empresa porque existe um único produtor que realiza toda a produção, de maneira que a oferta da empresa é a oferta do setor e a demanda da empresa é a demanda do setor.

Monopólio significa exclusividade ou privilégio de venda, representa uma distorção da livre concorrência ou do livre jogo entre a oferta e a procura. A supressão de uma atividade do regime de livre iniciativa, imposta pelo Estado, em benefício do interesse coletivo.

Uma estrutura de mercado caracterizada como de monopólio pode ser imaginada como sendo gerada a partir do seguinte conjunto de hipóteses:

- I – o setor é constituído de uma única firma;
- II – a firma produz um produto para o qual não existe substituto próximo;
- III – existe concorrência entre os consumidores;

IV – a curva de receita média é a curva de demanda do mercado.¹⁶

O monopólio pode ser definido com o extremo oposto da concorrência perfeita. A primeira condição para que se configure um caso atípico de monopólio é a existência de apenas uma empresa, que domina, conseqüentemente, do extremo da oferta atomizada, típica da concorrência perfeita, se vai para outro extremo, o da oferta concentrada em apenas um produtor.

Mas não basta essa condição, pelo menos outras duas são imprescindíveis: a inexistência de substitutos para o produto da empresa monopolista e a interposição de barreiras à entrada de concorrentes.

Havendo substitutos para o produto, descaracteriza-se a situação de monopólio puro. E se as barreiras forem baixas e facilmente transponíveis, o poder de monopólio fica reduzido, notadamente quando à fixação de preços: o monopolista, vulnerável ao ingresso de concorrentes, manterá os preços baixos como diretriz estratégica para desestimular possíveis entrantes em seu mercado.

Os monopólios configuram-se pela unicidade do produtor, pela insubstitutibilidade do produto e por intransponíveis barreiras de entrada. Em decorrência disso, sendo a única supridora do mercado, a empresa monopolista não possui concorrentes diretos e, em casos extremos e puros, até concorrentes indiretos não existem ou se encontram tão longe de substituírem a oferta monopolizada que se consideram desprezíveis. Sem substitutos para seu produto, ela domina inteiramente o mercado.

Monopólio corresponde a uma situação na qual apenas uma pessoa ou uma empresa se apresenta como vendedora de um dado produto. Manifesta-se aqui em toda a sua plenitude o poder econômico, pois o monopolista está em condições de atuar simultaneamente nas duas variáveis que caracterizam a compra e venda, isto é, o preço e a quantidade. Pode, por conseguinte, reduzir a quantidade oferecida, criando destarte uma sensação de escassez e, ao mesmo tempo, fixar o seu preço tão alto quanto possível. Este preço *tão alto quanto*

¹⁶ PINHO, Diva Benevides. *Manual de economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 183.

possível será aquele que multiplicado pela quantidade que os compradores estejam dispostos a adquirir assegure para o monopolista uma receita bem superior ao seu custo, pois, nesse caso, evidentemente, seus lucros estarão maximizados.

Monopólio é o domínio da oferta ou da procura por uma única entidade ou um único sujeito econômico. Os preços resultantes dos monopólios são decorrências da imposição e não do livre jogo da oferta e da procura, em mercado perfeito, onde impere a livre concorrência.

Sendo que subentende atividade lucrativa exclusiva de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos, os quais fixam os preços conforme as suas vontades, porquanto, em geral, os monopolistas se encontram livres das pressões decorrentes da quantidade oferecida ou procurada a influir nos preços e a instigar, no mercado, os que nele comparecem.

Explica que os custos unitários de uma única empresa, em determinado nível absorvível pelo mercado, são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado. Seus custos em regime de monopólio são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos fixos exige a produção em grande escala, e o mercado somente absorve a oferta de uma empresa nesse nível de produção, conclui que seriam, pois as próprias condições estruturais-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização em regime de concorrência.

Nessas condições, diversos setores antes vistos como monopólios naturais passaram a comportar mais recentemente algum grau de concorrência e, portanto, foram considerados passíveis de se organizarem por parâmetros do mercado, sujeitos, porém, a uma meticulosa regulamentação estatal, atenta às suas características próprias como se deu no Brasil, com a criação de agências reguladoras especiais: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, para os setores de energia elétrica e

telecomunicações, respectivamente, além da Agência Nacional de Petróleo – ANP.

Foram, assim, estabelecidas regras de organização com vistas à implantação, naqueles setores, de um regime concorrencial, na medida permitida pelas suas condições estruturais e tecnológicas.

Oligopólio constitui uma estrutura de mercado nas economias capitalistas que se caracteriza pela existência de reduzido número de produtos e relativamente poucos vendedores fabricando bens que são substitutos próximos entre si.

A noção fundamental subjacente ao oligopólio é a da interdependência econômica, de forma que se todos os produtores são importantes, ou possuem uma faixa significativa do mercado, as decisões sobre o preço e a produção de equilíbrio são interdependentes, porque a decisão de um vendedor influi no comportamento econômico dos outros vendedores. É uma estrutura de mercado cada vez mais comum que prevalece no mundo ocidental, inclusive no Brasil, por exemplo, na indústria e no transporte aéreo e rodoviário, nos setores químico e siderúrgico, entre outros.

Paralelamente à concorrência monopolística, a qual é caracterizada por diferenciação de produto, o oligopólio funciona quase na mesma estrutura, com a ressalva de que nos sistemas oligopolísticos são poucas empresas explorando o mercado.

Por sua vez o oligopólio consiste no regime na qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos, cita ainda como exemplo a indústria automobilística. Grandes empresas controlando significativa parcela do mercado, esmagando a concorrência tendo enorme poder de mercado.

Os comportamentos típicos dos oligopolistas seria a diferenciação entre produtos e a manutenção de participações estáveis de mercado. Em consequência da ausência da competição do preço, as diferenças entre os participantes no mercado devem ser estabelecidos e os estímulos aos consumidores devem ser dados através de diferenciação dos produtos.

Esse modelo em especial, exige um exercício bastante forte das autoridades de defesa da concorrência, eis que ao analisar a conduta racional dos agentes econômicos atuantes nesse mercado, poder-se-á estar diante de um caso altamente competitivo, apesar da oligopolização, ou seja, do reduzido número de competidores, como também deparar com uma situação quase de monopólio, em que poucos agentes, por meio de práticas colusivas, restringirem ao máximo a concorrência.

VIII.3 OLIGOPSÔNIO E MONOPSÔNIO

O oligopsônio considera-se um tipo de competição imperfeita, é o mercado em que existem relativamente poucos compradores, que dominam o mercado e muitos vendedores.

Os oligopsonistas tem poder de mercado, devido ao fato de poderem influenciar os preços de determinado bem, variando apenas a quantidade comprada. Os seus ganhos dependem da elasticidade da oferta. Seria uma situação intermediária entre a de monopsônio e a de mercado plenamente competitivo.

Oligopsônio na realidade não passa de um oligopólio de compras, a situação na qual poucos compradores se defrontam em vendedores atomizados, ainda o lucro dos oligopsonistas provém do controle da procura e não da oferta, e toda a sua estratégia terá por objetivo pagar um preço menor daquele que se estabeleceria em regime de concorrência pura ou quase pura.

Uma estrutura oligopsônista implica um alto risco, pois aumenta em muito a probabilidade de comportamento paralelo por parte dos oligopsonistas no mercado de vendedor de seu produto final.

A atitude do monopsonista será quase sempre a de retardar as suas compras tanto quanto possível, a fim de forçar os vendedores a lhe entregar o produto a um preço mais baixo.

O monopsonio é caracterizado pela existência de muitos vendedores e um único comprador, sendo que essa estrutura pode prevalecer no mercado de trabalho, como no caso de empresa que se instala no interior e por ser única, tornar-se demandante exclusiva da mão-de-obra local, não deixando outra opção para os trabalhadores senão trabalhar no monopsonio.

No caso dos oligopsonios e monopsonios o raciocínio é muito parecido com os do monopólios e oligopólios, porém o agente monopsonista ou oligopsonista detém essa posição em outro patamar da estrutura de mercado, no momento de adquirir produtos ou serviços de fornecedores para repassar ao consumidor final e não propriamente no momento da oferta do produto ou serviço ao consumidor

VII.4 CARTÉIS, TRUSTE E DUMPING

As regras para um efetivo funcionamento do mercado baseiam-se na participação concorrencial de diversos fornecedores sempre em busca de melhores tecnologias para seus produtos ou serviços, com o objetivo de conquistar o mercado consumidor.

No entanto tal ideal nem sempre se verifica na prática, em razão dos agentes econômicos, muitas vezes preocupados apenas com o aumento de lucros, podem restringir ou eliminar a concorrência, através de acordos ou compromissos para combinar preços ou diminuir o padrão de qualidade de determinado bem ou serviço, cujo custo pode ser alto demais, sempre com o objetivo de majorar as receitas.

Sendo que os cartéis constituem a mais deletéria infração às normas de defesa da concorrência, a conduta que traz maior prejuízo ao ambiente competitivo e atinge mais diretamente o consumidor.

O cartel representa um livre convênio entre empresas da mesma categoria econômica e independentes entre si, que objetivam uma finalidade monopolista, pelo domínio de mercado, eliminando a mútua concorrência, derivada da luta pela colocação de produtos

O cartel é constituído por um grupo de empresas que disputam o mesmo mercado, na condição de concorrentes, sujeitas às leis da livre concorrência buscando a preferência dos consumidores no preço e na qualidade de seus produtos. A partir de um dado momento, verificam que podem obter lucros mais elevados se fixarem em preço único para seus produtos ou dividirem os mercados consumidores, ou ainda, se estabelecerem uma estratégia conjunta para explorar suas atividades.

Nos cartéis, as empresas coligadas, embora visando objetivos monopolísticos, continuam livres e independentes economicamente e juridicamente, portanto cada empresa conserva sua personalidade jurídica, embora sejam interdependentes entre si, sendo seu principal objetivo regularizar a produção.

Um dos objetivos mais comuns das empresas cartelizadas é a maximização de seus lucros, porém tal ajuste entre as empresas concorrentes coloca os consumidores em posição de desvantagem, pois os fornecedores passam a deter o controle dos preços e da qualidade dos produtos, bem como as informações, das condições de fornecimento, do pagamento, etc., motivo em que num mercado cartelizado, os preços sejam elevados e a oferta uniforme entre os agentes.

Os acordos na maioria das vezes são feitos de forma 'oral', raras vezes são feitos sob a forma de contrato, geralmente através de reuniões secretas, onde combinam como irá agir, motivo em que é difícil provar a existência do cartel.

Verifica-se também não ser necessária a existência de poucos competidores para que ocorra a cartelização de determinado setor da economia, apesar de ser mais fácil e comum que acordo ou conduta uniforme se materialize em mercados oligopolizados, atentando-se, no entanto, para o fato de que, quanto maior o número de concorrentes em determinado setor cartelizado, mais fácil torna-se a quebra do acordo por aparte de algum deles. Motivo que se conclui que um setor economia, que se encontra concentrado, tende a favorecer a conduta concertada entre os competidores.

O cartel somente será punido pela legislação antitruste se a conduta for hábil a produzir em um dos efeitos do artigo 20 da referida legislação, pois caso não seja, não há que se falar em punição.

Paula Andréa Forgioni explica que a tradicional definição de cartel para o contexto da legislação antitruste, se deve concluir que se um acordo não restringe a livre concorrência ou não acarreta a incidência de qualquer inciso do artigo 20 da referida lei, não há que se falar na existência de cartel, pois a associação não traz, em si, qualquer efeito anticompetitivo que interesse à proteção da ordem econômica.

Por exemplo, a situação hipotética de algumas empresas que atuem nomes no mercado relevante material e geográfico e que se reúnem com o objetivo de aumentar e nivelar os preços dos seus produtos para maximizar os lucros (art. 21, I). Ainda o aumento de preços consistente em uma conduta comercial uniforme (art. 21, II), sendo capaz, inclusive, de prejudicar o acesso de novos competidores no mercado (art. 21, IV), que não terão as mesmas igualdades na revenda do produto ao mercado consumidor, o que pode ocasionar a falência da nova empresa, na medida em que seu funcionamento ou desenvolvimento ficará prejudicado (art. 21, V).

Os participantes de cartéis têm a intenção de eliminar a concorrência, aumentando os preços e restringindo a produção, no entanto seus participantes tentam manter uma ilusão de concorrência, enquanto na realidade não existe

qualquer tipo de escolha para o consumidor, os quais são submetidos a pagar o preço exigido pelas empresas cartelizadas.

Existem diferentes espécies ou categorias de cartéis:

a) cartel do preço, o qual estabelece uma tarifa única para a venda dos produtos

fabricados pelos contratantes;

b) cartel de condições que é aquele que não apenas contém um acordo sobre preços,

mais vai até a fixação do restante das condições de venda, por exemplo, desconto para as vendas paga a vista;

c) cartel de região é o que delimita as zonas ou regiões que ficam reservadas para cada um dos associados em determinada área de influência mútua;

d) cartel de contingentes é o que não se satisfaz com a determinação das condições de venda ou com o convênio de preços, mas procura influir, também no modo monopolizador, sobre preços, reduzindo a própria produção e limitando a oferta;

e) cartel geral que representa a união de vários cartéis de categoria econômica comum em um único cartel.

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

Os cartéis subvertem a lógica da livre competição, pois uniformizam os preços, diminuindo a qualidade e quantidade de produtos colocados a disposição dos consumidores, o que resulta em muitas vezes a limitação de entrada de novas

empresas no mercado, impedindo que haja mais concorrência e diversificação de produtos e serviços e menores preços.

Diante da evolução dos cartéis e do crescimento de seus danos na economia do país e lesão ao bem-estar dos consumidores, constituiu prioridade das autoridades de defesa da concorrência a repressão aos cartéis.

Os trustes também são considerados desvios de mercado, eis que representam o monopólio quase absoluto de um ramo de produção: constituem uma espécie de consórcio monopolístico, quer sob a forma de fusão, quer pela modalidade de controle único das empresas integradas.

No truste a fusão é total, desaparecendo as personalidades jurídico-econômicas das empresas coligadas e surgindo uma nova empresa de grande porte, que é representada por uma grande concentração, sob a forma de sociedade por ações, tendo como objetivo principal satisfazer a procura de bens econômicos.

Truste é organização econômico-financeira formada por empresas obedientes a um centro decisório, com o fim básico de interferir no mercado e exercer poder monopolístico. O termo dumping é utilizado no comércio internacional para designar a exportação de um produto com preço inferior ao preço de venda do mesmo produto no mercado interno do país exportador.

De acordo com o artigo 2º, inciso I, do Acordo Relativo à Implementação do Gatt, pode-se compreender como:

[...] a introdução de um produto de mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais de um produto similar destinado ao consumo no país exportador.

Como uma prática do mercado, um mecanismo desleal de comércio que consiste na introdução de um bem no mercado doméstico, a preço de exportação inferior ao valor normal.

Valor normal seria o preço efetivamente praticado para produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem o consumo interno no país exportador.

Tal modalidade de estrutura de mercado foi pacificado pela Resolução 20/99 do CADE, como sendo a “[...] *prática deliberada de preço abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista*”.

O Dumping atinge diretamente a liberdade de concorrência, ainda podendo ser considerada como abuso de poder econômico destinado a impedir a existência de um mercado saudável, seu combate assume conotações de ordem nacional.

O combate à prática do dumping visa à proteção do setor da economia nacional atingindo pela discriminação de preços ou ameaçado de sofrer dano iminente, como, por exemplo, o retardamento do início das atividades de uma indústria em fase de implantação.

Percebe-se que tal prática desleal é inibidora de um produção, iniciativa ou concorrência local, deixando graves mazelas para o mercado produtor e consumidor atingido, pois atinge diretamente a liberdade de concorrência, e passa ser caracterizada como um abuso de poder econômico destinado à existência de um mercado saudável.

Todas as condutas aqui comentadas trazem prejuízos ao ambiente concorrencial e atinge também o consumidor, tais acordos ilícitos redundam em flagrante atentado à soberania do cidadão, na medida em que restringem a liberdade de escolha do consumidor.

Em relação às repressões administrativas às infrações econômica, além das atribuições preventivas contra atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar a dominação de mercado compete ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica resolver tais situações, caso a parte não concorde com a posição do CADE poderá a mesma interpor recurso ao Poder Judiciário.

Com o desenvolvimento econômico do país e com as restrições que a estrutura econômica passou a enfrentar, o Estado foi obrigado a intervir na tentativa de organizar a vida econômica e social, havendo uma interimplicação e integração entre a constituição política e a constituição econômica, eis que até aquele momento o cidadão tinha uma liberdade plena, sem limites, o que muitas vezes atrapalhava o desenvolvimento econômico da nação, o sucesso na maioria das vezes era tido como individual, necessitando da assunção da responsabilidade social por parte do Estado.

Com o Estado de bem-estar social, surgiu então a constituição econômica que pode ser entendida como conjunto dos princípios fundamentais informadores da atividade e da organização econômica do país, através dela terá os princípios a serem seguidos na atividade econômica.

A Constituição Federal de 1988 define um modelo econômico de bem-estar social previsto na Ordem Econômica, em seus artigos 170 e seguinte, porém necessário que os fundamentos afirmados no artigo 1º e os objetivos definidos no artigo 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo a ordem econômica assegurar a todos existência digna.

O princípio da livre iniciativa assegura não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas seja o livre acesso ao mercado, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados.

O direito do consumidor trata-se da realização de um direito fundamental positivo de proteção do Estado de acordo com o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, sendo o consumidor identificado constitucionalmente como agente a ser necessariamente protegido de forma especial, além de estar como princípio da ordem econômica, o mesmo tem ainda a proteção do Código de Defesa do Consumidor, que é composto por normas de ordem pública e interesse social, visando também estabelecer condições mais

favoráveis ao consumidor, frente ao poderio econômico dos fornecedores no mercado de consumo.

O princípio da livre concorrência visa buscar chances iguais para a disputa do mercado entre os particulares que desejarem exercer e permanecer numa atividade econômica no território brasileiro, inclusive o direito de entrar na atividade econômica pode ser vista como livre iniciativa e o direito de permanecer no mercado seria a livre concorrência, concluindo que não pode uma existir sem a outra, pois ambas se complementam no mesmo objetivo, visam tutelar o sistema de mercado e especialmente proteger a livre concorrência contra a tendência da concentração capitalista.

A concentração econômica representa uma falha na estrutura dos mercados, que correspondem a uma situação nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional e acabam por abalar a relação de consumo, classifica-se como: concorrência perfeita e imperfeita, monopólio, oligopólio, oligopsônio e monopsônio.

Os cartéis, truste e dumping são coibidos pela legislação constitucional, sendo referido entendimento extraído do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” E da Lei Antitruste, a qual seguiu os comandos normativos supremos da Constituição Federal e tem como objetivo a prevenção e repressão aos abusos cometidos contra a ordem econômica.

O controle do abuso do poder econômico pode ser visto como instrumento de intervenção estatal hábil a tutelar não apenas a livre iniciativa e a livre concorrência, mas também os princípios sociais regentes na espécie, em especial a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais e em especial a defesa do consumidor.

A construção de uma política econômica que objetive harmonizar as relações de consumo encontra-se intimamente relacionada à construção de uma

política de defesa da concorrência, tanto que os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor e legislações sobre o assunto têm interesses em comum, sendo vários os artigos das legislações que tem a mesma finalidade, o direito concorrencial visa a estabelecer o equilíbrio das relações de mercado, buscando a equidade e a boa condução dessas relações, também tem interesse em buscar a satisfação do consumidor.

Motivo que não se deve deixar a responsabilidade de proteção da livre concorrência apenas para a legislação Antitruste e pelo CADE, mas também deve ser atribuído ao consumidor o dever de juntamente colaborar no intuito de evitar as práticas anticoncorrenciais que por fim acabem prejudicando o próprio consumidor.

O Estado deve atuar para garantir os direitos básicos da pessoa humana, deve agir como propulsor do bem-estar social, sua política econômica deve voltar-se cada vez mais para a justiça social. Devendo o aplicador da lei entender que a legislação em tela deve ser compreendidas como complementares, eis que a concretização da defesa da concorrência exige a concretização da defesa do consumidor.

Tudo com intuito de se formar um mercado transparente, saudável, harmônico e leal, almejado pela maioria dos concorrentes e consumidores, onde exista pluralidade de concorrentes, liberdade de escolha, respeito ao consumidor, qualidade de produtos e serviços e insegurança com relação às posições dominantes, tornando viável o encontro de um ponto de equilíbrio ente a liberdade e a proteção.

Com o desenvolvimento econômico do país e com as restrições que a estrutura econômica passou a enfrentar, o Estado foi obrigado a intervir na tentativa de organizar a vida econômica e social, havendo uma interimplicação e integração entre a constituição política e a constituição econômica, eis que até aquele momento o cidadão tinha uma liberdade plena, sem limites, o que muitas vezes atrapalhava o desenvolvimento econômico da nação, o sucesso na maioria

das vezes era tido como individual, necessitando da assunção da responsabilidade social por parte do Estado.

Com o Estado de bem-estar social, surgiu então a constituição econômica que pode ser entendida como conjunto dos princípios fundamentais informadores da atividade e da organização econômica do país, através dela terá os princípios a serem seguidos na atividade econômica.

A Constituição Federal de 1988 define um modelo econômico de bem-estar social previsto na Ordem Econômica, em seus artigos 170 e seguinte, porém necessário que os fundamentos afirmados no artigo 1º e os objetivos definidos no artigo 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo a ordem econômica assegurar a todos existência digna.

O princípio da livre iniciativa assegura não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas seja o livre acesso ao mercado, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados.

O direito do consumidor trata-se da realização de um direito fundamental positivo de proteção do Estado de acordo com o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, sendo o consumidor identificado constitucionalmente como agente a ser necessariamente protegido de forma especial, além de estar como princípio da ordem econômica, o mesmo tem ainda a proteção do Código de Defesa do Consumidor, que é composto por normas de ordem pública e interesse social, visando também estabelecer condições mais favoráveis ao consumidor, frente ao poderio econômico dos fornecedores no mercado de consumo.

O princípio da livre concorrência visa buscar chances iguais para a disputa do mercado entre os particulares que desejarem exercer e permanecer numa atividade econômica no território brasileiro, inclusive o direito de entrar na atividade econômica pode ser vista como livre iniciativa e o direito de permanecer no mercado seria a livre concorrência, concluindo que não pode uma existir sem a outra, pois ambas se complementam no mesmo objetivo, visam tutelar o sistema

de mercado e especialmente proteger a livre concorrência contra a tendência da concentração capitalista.

A concentração econômica representa uma falha na estrutura dos mercados, que correspondem a uma situação nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional e acabam por abalar a relação de consumo, classifica-se como: concorrência perfeita e imperfeita, monopólio, oligopólio, oligopsônio e monopsônio.

Os cartéis, truste e dumping são coibidos pela legislação constitucional, sendo referido entendimento extraído do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” E da Lei Antitruste, a qual seguiu os comandos normativos supremos da Constituição Federal e tem como objetivo a prevenção e repressão aos abusos cometidos contra a ordem econômica.

O controle do abuso do poder econômico pode ser visto como instrumento de intervenção estatal hábil a tutelar não apenas a livre iniciativa e a livre concorrência, mas também os princípios sociais regentes na espécie, em especial a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais e em especial a defesa do consumidor.

A construção de uma política econômica que objetive harmonizar as relações de consumo encontra-se intimamente relacionada à construção de uma política de defesa da concorrência, tanto que os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor e legislações sobre o assunto têm interesses em comum, sendo vários os artigos das legislações que tem a mesma finalidade, o direito concorrencial visa a estabelecer o equilíbrio das relações de mercado, buscando a equidade e a boa condução dessas relações, também tem interesse em buscar a satisfação do consumidor.

Motivo que não se deve deixar a responsabilidade de proteção da livre concorrência apenas para a legislação Antitruste e pelo CADE, mas também deve

ser atribuído ao consumidor o dever de juntamente colaborar no intuito de evitar as práticas anticoncorrenciais que por fim acabem prejudicando o próprio consumidor.

O Estado deve atuar para garantir os direitos básicos da pessoa humana, deve agir como propulsor do bem-estar social, sua política econômica deve voltar-se cada vez mais para a justiça social. Devendo o aplicador da lei entender que a legislação em tela deve ser compreendidas como complementares, eis que a concretização da defesa da concorrência exige a concretização da defesa do consumidor.

Tudo com intuito de se formar um mercado transparente, saudável, harmônico e leal, almejado pela maioria dos concorrentes e consumidores, onde exista pluralidade de concorrentes, liberdade de escolha, respeito ao consumidor, qualidade de produtos e serviços e insegurança com relação às posições dominantes, tornando viável o encontro de um ponto de equilíbrio ente a liberdade e a proteção.

VIII. Casos Concretos - CADE

Existem inúmeras decisões proferidas pelo CADE, vale ressaltar alguns casos em que ocorreu grande repercussão de mídia¹⁷:

- Caso Ambev:

O ato de concentração nº. 08012.005846/99-12, em que envolvia a operação de agrupamento societário das empresas Companhia Antártica Paulista – Indústria Brasileira de Bebidas e conexos (Antártica) e Companhia Cervejaria Brahma (BRAHMA), para constituição da AMBEV no setor de bebidas e de malte.

¹⁷ <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 02 de jul de 2009

Para efeito de análise do caso, três mercados relevantes foram afetados pela operação: o mercado de águas, o mercado de refrigerantes e o mercado de cervejas.

Após análise das características de cada mercado relevante, entendeu-se que a probabilidade de exercício de poder de mercado após a operação era muito baixa nos mercados de águas e refrigerantes. No entanto, no mercado de cervejas, essa probabilidade foi considerada alta o suficiente para levantar preocupações do CADE em relação à aprovação da operação.

Assim, a alta concentração de mercado que a operação acarretou em todos os mercados relevantes definidos e o fato de que o mercado de cervejas possui elevadas barreiras à entrada, ligadas a algumas características do mercado tais como a diferenciação de produtos (a Ambev reuniu três das maiores marcas de cerveja no Brasil) e a distribuição exclusiva, levaram o CADE à conclusão de que a operação limitava a concorrência no mercado relevante de cervejas.

A partir da análise das eficiências que poderiam advir da operação concluiu-se que a constituição da Ambev resultaria em aumento da produtividade, melhoria da qualidade dos bens ofertados e geraria eficiências e desenvolvimento tecnológico capazes de compensar os prejuízos potenciais à concorrência advindos da associação.

O TCD determinou a implementação do chamado “conjunto integrado de medidas” que compreendeu a venda da marca Bavária, a alienação de 5 (cinco) fábricas e o compartilhamento da distribuição. Além disso, a AMBEV deveria compartilhar sua rede de distribuição em cada um dos cinco mercados geográficos relevantes definidos, desativar as demais fábricas apenas mediante oferta pública, manter o nível de emprego, sendo que eventuais dispensas associadas à reestruturação empresarial deveriam ser acompanhadas de programas de retreinamento e recolocação, não impor exclusividade aos pontos de venda e adotar todas as medidas visando alcançar as eficiências pertinentes à fusão.

As determinações tiveram como um de seus principais objetivos permitirem a entrada quase imediata de um novo participante no mercado, sem que o mesmo tenha todos os custos associados à criação de uma rede de distribuição, a construção de uma rede fabril e a fixação de uma marca, além de propiciar o acesso de pequenas cervejarias à distribuição da AMBEV.

Assim, conforme autorizado pelo artigo 54 da Lei nº. 8.884/94 e em razão das medidas estruturais impostas pelo CADE, das eficiências invocadas e dos benefícios alegados preencherem as condições previstas na legislação em comento, o CADE autorizou com restrições a operação que resultou na criação da Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

Caso Nestlé:

O ato de Concentração nº. 08012.001697/2002-89, que tinha como requerentes a Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, como empresa subsidiária brasileira do grupo suíço Nestlé, submeteu à apreciação do Cade a aquisição da empresa Chocolates Garoto S/A.

Como em outros casos, a definição do mercado relevante exigiu uma análise aprofundada do caso. Duas fontes diferentes de informação serviram de base para estabelecer as fronteiras do mercado relevante: a) dados provenientes da aplicação da metodologia PEM (Price Elasticity Model), comumente utilizada em estudos de marketing pelas empresas; b) dados de varejo Nielsen que serviram de base para estimações econométricas da demanda de chocolates. Ambos os estudos tinham como objetivo conhecer a reação do consumidor a um potencial aumento de preços dos chocolates Nestlé/Garoto.

O Conselheiro-Relator definiu quatro mercados relevantes afetados pela operação: o mercado de balas e confeitos sem chocolates, o mercado de coberturas de chocolates, o mercado de achocolatados e o mercado de chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais.

Quanto à dimensão geográfica, todos os mercados relevantes foram definidos como nacionais. As Requerentes propuseram uma definição mais abrangente da dimensão geográfica do mercado de chocolates sob todas as formas, que incluía todos os países membros do Mercado Comum do Sul (Mercosul). No entanto, o Plenário entendeu que as restrições relativas à existência de restrições às importações, decorrentes da perecibilidade do produto, o gosto do consumidor brasileiro e sua fidelidade à marca e a exigência de uma rede de distribuição nacional inviabilizavam a entrada de produtos provenientes de outros países do Mercosul, notadamente da Argentina, na escala suficiente para disciplinar os preços de chocolates no Brasil.

Não foram vislumbrados problemas nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. No primeiro, a participação de mercado resultante da operação (2,7%) seria incapaz de conferir poder de mercado às Requerentes; e a elevada participação da Nestlé no segundo mercado não resultava da operação, sendo que o aumento da participação da líder (Nestlé/Garoto) de 58,1% para 61,2% não alterou substancialmente a estrutura de oferta, permanecendo o mercado com as condições competitivas similares às existentes antes da operação.

No mercado de coberturas de Chocolate, no entanto, entendeu-se que a operação introduziu incentivos para condutas colusivas ou, no mínimo, condutas de colaboração tácita entre as duas únicas ofertantes do mercado, não sendo a rivalidade entre os dois concorrentes remanescentes condição suficiente para proteger os clientes de práticas abusivas.

No mercado de produtos de chocolate em geral, a Garoto era a terceira maior empresa do Brasil, enquanto a Nestlé e a Kraft Foods (Lacta) alternavam-se na posição de liderança. A aquisição aumentava significativamente a concentração horizontal no mercado de chocolates e Outras questões foram analisadas, incluindo a estimativa das barreiras à entrada e as perspectivas de expansão de marcas rivais como Mars e Hershey, que formavam uma franja competitiva constituída por grandes empresas multinacionais.

O CADE concluiu que as importações não eram fatores significativos no mercado e que havia barreiras a novas entradas em razão das dificuldades para garantir a distribuição por atacado e devido à diferenciação do produto sustentada por elevados gastos em propaganda.

Além disso, foram descartadas as eficiências apresentadas pelas empresas, uma vez que ou não seriam específicas à operação e poderiam ser obtidas de outras formas menos lesivas à concorrência, ou porque as eficiências decorriam de transferências financeiras.

Assim, o Plenário concluiu que a transação deveria ser rejeitada porque nem a esperada redução nos custos variáveis (eficiências), nem o grau de rivalidade remanescente no mercado, seriam suficientes para evitar os aumentos de preço ao consumidor de chocolate, e não havia qualquer remédio estrutural capaz de reduzir os efeitos negativos da elevação da concentração.

Determinando o CADE à Nestlé que vendesse os Chocolates Garoto a um concorrente que tivesse participação inferior a 20% no mercado relevante.

IX. Conclusão

Com o desenvolvimento econômico do país e com as restrições que a estrutura econômica passou a enfrentar, o Estado foi obrigado a intervir na tentativa de organizar a vida econômica e social.

Diante dessa reformulação, buscou-se a integração entre a constituição política e a constituição econômica, não mais detendo o cidadão uma liberdade plena e ilimitada, pois o desenvolvimento econômico da nação não poderia perecer diante de interesses particulares isolados.

Em busca da prevalência dos interesses sociais e um mercado saudável e não-predatório, houve a assunção da responsabilidade social por parte do Estado.

Foi a partir do Estado de bem-estar social que apareceu uma constituição econômica. Ela pode ser entendida como conjunto dos princípios fundamentais informadores da atividade e da organização econômica do país, abstraindo-se dela os princípios norteadores da atividade econômica.

A Constituição Federal de 1988 consigna um modelo econômico de bem-estar social previsto sob o título da Ordem Econômica, em seus artigos 170 e seguinte. Sua interpretação não pode se afastar dos fundamentos firmados no artigo 1º e os objetivos traçados no artigo 3º, os quais devem ser integralmente alcançados, firmando bases para uma ordem econômica que assegure a todos existência e convivência de forma digna.

O princípio da livre iniciativa garante não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas e o livre acesso ao mercado, mas também a autônoma escolha dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins almejados.

O direito do consumidor formaliza-se na realização de um direito fundamental positivo sob a proteção do Estado de acordo com o estabelecido no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988. O consumidor passa a ser identificado constitucionalmente como agente a ser protegido de forma direta e específica, além de estar como princípio da ordem econômica, o mesmo tem ainda a proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Este é composto por normas de ordem pública e interesse social, objetivando também estabelecer condições mais favoráveis ao consumidor, frente ao poderio econômico dos fornecedores no mercado de consumo.

O princípio da livre concorrência tem por objetivos buscar oportunidades iguais para a disputa do mercado entre os particulares que desejarem exercer e permanecer numa atividade econômica no território brasileiro.

Nesse aspecto, o direito de iniciar na atividade econômica pode ser visto como livre iniciativa e o direito de permanecer no mercado constitui a livre concorrência, pelo que uma não pode existir sem a outra.

Ambas se complementam no mesmo objetivo, buscando tutelar o sistema de mercado e, em especial, assegurar a proteção a livre concorrência em oposição a uma tendência da concentração capitalista.

A concentração econômica representa uma falha no mercado, correspondendo a uma situação nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional e abalando a relação de consumo. Vimos a identificação dos diversos eventos no mercado, classificados como: concorrência perfeita e imperfeita, monopólio, oligopólio, oligopsônio e monopsônio.

Os cartéis, truste e dumping são vedados pela legislação constitucional, cuja conclusão é extraída da leitura do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: *“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”*.

A Lei Antitruste acompanhou os comandos normativos supremos da Constituição Federal, na busca da prevenção e repressão aos abusos cometidos contra a ordem econômica.

O controle do abuso do poder econômico pode ser visto como instrumento de intervenção estatal hábil a tutelar não apenas a livre iniciativa e a livre concorrência, mas também os princípios sociais regentes na espécie, em especial a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais e em especial a defesa do consumidor.

A construção de uma política econômica que objetive harmonizar as relações de consumo encontra-se intimamente relacionada à construção de uma política de defesa da concorrência, tanto que os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor e legislações sobre o assunto têm interesses em comum, sendo vários os artigos das legislações que tem a mesma finalidade, o direito concorrencial visa a estabelecer o equilíbrio das relações de mercado,

buscando a equidade e a boa condução dessas relações, também tem interesse em buscar a satisfação do consumidor.

Motivo que não se deve deixar a responsabilidade de proteção da livre concorrência apenas para a legislação Antitruste e pelo CADE, mas também deve ser atribuído ao consumidor o dever de juntamente colaborar no intuito de evitar as práticas anticoncorrenciais que por fim acabem prejudicando o próprio consumidor.

O Estado deve atuar para a garantia dos direitos primordiais da pessoa humana, ou seja, funcionar como ente propulsor do bem-estar social. Nesse sentido, a política econômica deve se voltar, cada vez mais, em prol da justiça social. O aplicador da lei deve compreender que a legislação tem seu escopo de complementaridade, pois a concretização da defesa da concorrência está imbuída, em última análise, na concretização da defesa do consumidor.

Almeja-se, portanto, alcançar a formação de um mercado que seja transparente, saudável, harmônico e sustentável, em observância à vontade da maioria dos concorrentes e consumidores, consoante a pluralidade de concorrentes, liberdade de escolha, respeito ao consumidor, qualidade de produtos e serviços, ultrapassando a tênue linha de equilíbrio ente a liberdade e a proteção.

X. Bibliografia

- Cf. SMITH, Adam. *A riqueza das nações, investigação sobre sua natureza e causas*. São Paulo: Abril, 1983.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra:Coimbra, 2000.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro, Forense, 1993,.
- ALVAREZ QUELQUEJEU, L. C. *La sociedad limitada como instrumento de la concentracion de empresas*, 11.ED. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, 2 ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunal, 1991.
- GRAU, Eros Roberto *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.15
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- REALE, Miguel apud PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. 11. ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, Adriana Aparecida, *a Defesa da Livre Concorrência e do Consumidor Enquanto Princípios da Ordem Econômica*, 1.ed. Marília, 2008

- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- NUSDEO, Fabio. *Curso de econômica: Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed.rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PINHO, Diva Benevides. *Manual de economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.