

Elementos de Direito da Concorrência: definição de mercado relevante e concentração econômica

Vânia Maria de Paula Lima¹, vmpl1@yahoo.com.br

1. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, MG; analista do Ministério Público de Minas Gerais.

RESUMO: Este artigo analisa a correlação entre a definição de mercado relevante e as concentrações econômicas no intuito de compreender de que forma essa definição passa a ser instrumento para a identificação de poder no mercado, tendo como pano de fundo o fenômeno das concentrações econômicas. Para isso, enfrenta-se a compreensão do conceito de mercado relevante embasada nas duas feições: a geográfica e a do produto (material). Destacam-se temas relativos à conceituação e classificação das concentrações, bem como a delimitação de mercado relevante sob suas duas vertentes (geográfica e do produto).

Palavras-chave: Direito da Concorrência, mercado relevante, concentração econômica.

RESUMEN: Elementos del Derecho de la Concurrencia: definición de mercado relevante y concentración económica. Este artículo analiza la correlación entre la definición de mercado relevante y las concentraciones económicas con el intuito de comprender de qué forma esa definición pasa a ser instrumento para la identificación del poder en

el mercado, teniendo como referencia el fenómeno de las concentraciones económicas. Para esto, se enfrenta la comprensión del concepto de mercado relevante inserida en las dos concepciones: la geográfica y la del producto (material). Se destacan temas relativos a la definición y clasificación de la concentraciones, así como la delimitación de mercado relevante sobre sus dos vertiente (geográfica y del producto).

Palabras llaves: Derecho de la competencia, mercado relevante, concentración económica.

ABSTRACT: Elements of Right of the Competition: definition of excellent market and economic concentration. This article analyzes the correlation between the definition of excellent market and the economic concentrations with the intention to understand in what way this definition gets to be instrument for the identification of market power, having as background the phenomenon of the economic concentrations. For this, we face the understanding of the concept of excellent market based in the two sides: the geographic one and the one of the product (material). Relative subjects to the conceptualization and classification of the concentrations are distinguished, as well as the delimitation of excellent market under its two sources (geographic and of the product).

Keywords: Right of the Competition, excellent market, economic concentration.

Introdução

A concentração econômica, que é o enfeixamento de riquezas em poucas mãos, pode ser considerada um fato que importa tanto ao Direito da Concorrência quanto à Ciência Econômica.

Quando se fala em concentração econômica, logo vem à mente a idéia do exercício de poder econômico. Imagina-se uma grande corporação, com um grande número de filiais, instaladas em vários países (globalizada, portan-

to), com um enorme potencial de produção, grandes investimentos de capital em tecnologia de ponta, pesquisas de campo e em publicidade: um verdadeiro aparato econômico pronto para singrar os violentos mares do mercado. E isso é relevante para as sociedades capitalistas, já que, de certa forma, estimula-se a circulação das riquezas de forma a atender às mais variadas necessidades humanas; e se interessa à sociedade, interessa também ao Direito, pois *ubi societas ibi jus*.

A própria Constituição da República de 1988, ao refletir a preocupação da sociedade brasileira com o tema, previu a livre concorrência como princípio fundante da ordem econômica (artigo 170, inciso III, Constituição da República de 1988), estatuiu, no parágrafo 3º deste mesmo artigo que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

No entanto, a atividade de concentração econômica, a despeito dos efeitos positivos que pode provocar na economia, provoca, também, graves prejuízos, reduzindo ou, até mesmo, anulando as relações de concorrência que se travam no mercado, e que se mostram essenciais, sobretudo para os consumidores. Como é cediço, grandes concentrações de poder certamente conduzem ao seu abuso.

Em função disto, surgiram as normas antitruste, cujo marco histórico remonta aos Estados Unidos (*Sherman Act*), as quais têm por escopo a busca incessante de um mercado em nível de concorrência perfeita, ou seja, aquele em que se vislumbra a existência de vários produtores em relação direta de concorrência, sem grandes distorções entre eles.

As normas antitruste, como quaisquer normas de Direito, não devem ser aplicadas adstritas apenas a sua literalidade, por imperativo das regras de boa hermenêutica. Aliás, qualquer norma de Direito deverá ater-se às conjunturas sociais a que se aplicam, tendo sempre o fito de proporcionar o bem estar da sociedade (elemento teleológico da norma).

Assim, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/1942), segundo o qual “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Nesse sentido assinala Paulo Nader

Na moderna hermenêutica o fator teleológico assume papel de primeira grandeza. Tudo o que o homem faz e elabora é em função de um fim a ser atingido. A lei é obra humana e assim contém uma idéia de fim a ser alcançado. (...) Quando o legislador elabora uma lei, parte da idéia do

fim a ser alcançado. Os interesses sociais que pretende proteger inspiram a formação dos documentos legislativos (1995, p. 324-325).

O mesmo se dá com as normas concorrenciais, cuja interpretação e aplicação deverão ater-se à conjuntura política, econômica e social que visa regular. Nesta esteira, prevê o ordenamento jurídico antitruste mecanismos de flexibilização de suas normas, suavizando sua aplicação, atenuando seu rigor.

Um dos mais relevantes mecanismos trazidos pelas leis Antitruste para o alcance de tal mister constitui a definição de mercado relevante, sem se esquecer, é claro, da relevância dos demais mecanismos (regra da razão, concessão de isenções. etc.).

O presente estudo tem por finalidade a análise da correlação entre a definição de mercado relevante, tido como o primeiro passo do processo de identificação de poder no mercado, e as concentrações econômicas. Objetiva-se compreender de que forma a definição de mercado relevante passa a ser instrumento para a identificação de poder no mercado, tendo como pano de fundo o fenômeno das concentrações econômicas.

Indaga-se, destarte: de que modo a definição de mercado relevante passa a ser considerada instrumento de controle das concentrações econômicas? Para tanto, enfrenta-se a compreensão do conceito de mercado relevante, tomando-se por base suas duas feições: a geográfica e a do produto (material).

Perquire-se, ainda, acerca da natureza e do objetivo das normas antitruste, para o que se conta com os subsídios do Direito Comparado, bem como das normas jurídicas concorrenciais pátrias, a exemplo da Lei n. 8.884 de 1994, e das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Por fim, receberam maior atenção temas relativos à conceituação e classificação das concentrações, bem como a delimitação de mercado relevante sob suas duas vertentes (geográfica e do produto).

I – Definição de mercado relevante

1.1 – Mercado relevante

A investigação do significado de mercado relevante não é tarefa fácil. Isso decorre provavelmente do fato de o mercado relevante ser, ao mesmo tempo, instituto que interessa tanto à Ciência Econômica quanto ao Direito da Concorrência.

Além disso, a depender do enfoque conferido por cada autor, será possível concebê-lo sob matizes bem distintas. Senão, vejamos.

O professor Calixto Salomão, por exemplo, situa o mercado relevante num contexto de identificação de poder econômico: ele o elenca como um dos critérios de mensuração de poder. Calixto chega inclusive a qualificar o mercado relevante como “método teórico dominante de acesso e medição de poder no mercado”, acentuando a opção de nosso sistema legislativo no sentido da adoção de tal método. Neste sentido, assinala que:

Analisadas as fraquezas das demais formas de medição de poder no mercado, resta discutir o hoje dominante método teórico de acesso e medição de poder no mercado. Esse é, também, o método adotado no sistema brasileiro. Essa conclusão decorre do emprego nos artigos 20, § 3º, e 54, § 3º, da lei concorrencial da expressão “participação no mercado relevante” (...) o referido método prevê exatamente isso: primeiro a definição do mercado relevante, através do estabelecimento dos limites geográficos e relativos ao tipo do produto, e, em seguida, a verificação da participação percentual do agente econômico neste mercado (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 97).

Paula Forgioni, por seu turno, já concebe o mercado relevante sob o prisma da aplicabilidade das normas antitruste. Forgioni, ao pontificar que as normas antitrustes, assim como quaisquer normas de Direito, não devem ser aplicadas com rigor excessivo, de forma literal e sem se ater à conjuntura econômica adjacente ao fenômeno jurídico, sob pena de causar situação de injustiça, relaciona o que chamou de “válvulas de escape”, isto é, critérios aptos a suavizar as normas concorrenciais. E nesse passo, elege o mercado relevante como uma delas.

Como se vê, várias podem ser as concepções de mercado relevante. Todavia, considerando que o conceito de mercado relevante é fundamental para a compreensão do fenômeno concorrencial, torna-se mister conceituá-lo e, para isso, temos de nos valer das lições dos grandes mestres da matéria.

Paula Forgioni (1998, p. 200) conceitua o mercado relevante como aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.

Como se percebe, o mercado relevante é um conceito que se vincula a um processo dinâmico em que se busca verificar o cometimento ou não de condutas anticoncorrenciais, constituindo, por isso mesmo, um conceito de índole funcional e empírica. O mercado relevante é o palco onde ocorrem as relações de concorrência.

Como se verá adiante, sua delimitação é imprescindível para a aplicação das normas de Direito da Concorrência, que buscam sempre um mercado em que se travem relações de concorrência de forma justa, equânime, sem abuso de poder econômico, enfim, um mercado em *concorrência perfeita*.

A atividade de delimitação do mercado relevante é evidentemente pautada por critérios específicos, apontados pelos estudiosos do Direito da Concorrência. A boa doutrina nos aponta dois critérios: o geográfico (quando se fala em mercado relevante geográfico) e o material ou do produto (quando se falará em mercado relevante material ou do produto).

Ana Maria de Oliveira Nusdeo (2002, p. 27-28) chega a aduzir que sua finalidade: [...] **é a definição do espaço geográfico e material no qual concorrência se estabelece** (grifo nosso), referindo-se aos dois critérios a serem levados em consideração para a definição de mercado. Cumpre salientar, no entanto, que alguns autores de Direito Antitruste, como, por exemplo, o professor Calixto Salomão Filho, entendem serem três, e não dois, os aspectos a serem levados em conta para a delimitação do mercado relevante.

Aos dois aspectos antes mencionados, o referido doutrinador (2002, p. 98) acrescenta o aspecto temporal, trazendo, a título de ilustração, o exemplo dos produtos cujo fornecimento é sazonal, como é o caso daqueles que se dão em safras. Contudo, quando se leva em consideração o fator *tempo* para a individualização de um determinado produto, declara-se, na realidade, que aquele produto é especial, *sui generis*: e tal peculiaridade refere-se ao produto em si, constituindo o aspecto *clima* apenas um fator externo, a irradiar seus efeitos sob certo produto.

Pense-se, a propósito, no caso de determinados vinhos, cuja produção e comercialização estão condicionadas à existência de espécie de uva que só aflora em determinada época restrita do ano, em virtude de aspectos climáticos. O elemento clima, neste caso, constitui um fator natural exógeno que certamente deu àquele produto uma condição especial se cotejado com os demais vinhos, que seriam produzidos durante todo o ano. E é óbvio que o mercado relevante daquele vinho não é o mesmo destes.

Na realidade, portanto, o elemento temporal a que se refere o professor Calixto Salomão Filho, entre outros autores, é apenas um fator adjacente ao produto, capaz de lhe conferir condição própria à qual corresponderá um mercado relevante do produto igualmente próprio.

Esta parece ser a opinião de Paula Forgioni:

Não vemos elementos, entretanto, para considerar o caráter temporal do mercado relevante como distinto daquele material: se, por questões temporais, os produtos não se encontram em direta relação de concorrência, é porque

não fazem parte do mesmo mercado relevante material. Tomemos, por exemplo, o caso que é dado pelo próprio autor: a Comissão não considerou como integrantes de um mesmo mercado relevante os programas televisivos semanais e aqueles diários. Ora, mais do que identificarmos “um mercado relevante temporal”, trata-se, na verdade, de diversos mercados relevantes materiais ” (FORGIONI, p. 201, 1998, citando Aldo Frignani em **Abuso di posizione dominante**).

1.2 – Mercado relevante geográfico

1.2.1 – Conceito

Conforme já apreciado, para se efetuar a delimitação do mercado relevante de um determinado bem ou serviço, devem ser considerados dois aspectos, indissociáveis e complementares. São eles: o aspecto do produto, isto é, o aspecto que leva em consideração o bem ou o serviço oferecido pelo agente econômico e o aspecto geográfico, em causa.

Superada esta questão, indaga-se: em que consiste o mercado relevante geográfico? A própria expressão “mercado relevante geográfico” já denota o aspecto físico que passa a ser considerado para efeito de definição de mercado. Segundo a professora Paula Forgioni, o mercado relevante geográfico “é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva da concorrência (...) é o espaço físico em que se desenvolvem as relações de concorrência que estão sendo consideradas ” (FORGIONI, 2002, p. 123).

1.2.2 – O comportamento do agente econômico no mercado relevante geográfico

Na realidade, o mercado relevante geográfico corresponde a uma área física na qual o agente econômico pode aumentar os preços¹, o que,

1 Essa técnica de aumento dos preços, que, como se afirmou, corresponde à conduta esperada presumivelmente do agente econômico em situação de monopólio, é chamada pela doutrina antitruste de *Técnica ou Método de Aumento Hipotético de Preços*, e é utilizada para se verificar a existência ou não, em determinado mercado relevante, de práticas anticoncorrenciais, por meio da configuração das elasticidades cruzadas, sejam de demanda, sejam de oferta.

segundo a Escola Neoclássica, seria a conduta que se espera do agente econômico monopolista, sem que isto cause pelo menos um dos dois efeitos a seguir transcritos.

O primeiro deles seria a perda de um grande número de clientes, que passariam a se utilizar de outros fornecedores situados fora daquela mesma área, consubstanciando o fenômeno concorrencial da elasticidade cruzada de demanda². O segundo efeito corresponderia à inundação imediata da referida área por bens e serviços de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares.

Portanto, uma vez definido o mercado relevante geográfico, conclui-se que, naquela área específica, um eventual e hipotético aumento de preços não será apto a causar nem uma elasticidade cruzada de demanda, nem uma elasticidade cruzada de oferta.

A contrario sensu, se se verificar que nesta mesma área em apreço o aumento de preços do monopolista conduziu às mencionadas elasticidades, será forçoso concluir que ali não se configurou um mercado relevante geográfico, sendo preciso, portanto, ampliá-lo, até que não mais sejam observadas as elasticidades. Assim, o momento em que elas desaparecerem é sinal de que ali está o mercado relevante geográfico, devidamente delimitado.

Na lição de Calixto Salomão Filho:

Se em um determinado mercado se conclui que em função de um aumento de preços grande parte dos consumidores passará a consumir outro produto ou então que grande número de concorrentes entrará no mercado, o agente econômico, mesmo que detivesse grande participação nas vendas no nível de preços praticado naquele momento, perderia grande parte de seu mercado se aumentasse os preços. Neste caso, não se pode dizer que há poder no mercado, já que a forma principal de exercício deste poder - o aumento de preços, está bloqueada (2002, p. 100).

1.2.3 – Aspectos para a definição de mercado relevante geográfico

O primeiro aspecto a ser levado em consideração refere-se aos hábitos dos consumidores. No âmbito de um mercado relevante geográfico, não

2 *Cross Elasticity*.

haverá falar-se em elasticidade cruzada de demanda na hipótese de um eventual aumento de preços; em outras palavras, não haverá fuga de consumidores para outro mercado.

Assim, seria preciso verificar se os consumidores do mercado analisado não estão dispostos a migrar do local onde se encontram para adquirir outros produtos ou serviços similares ou idênticos, fornecidos por outro mercado, contíguo, por exemplo. Noutro dizer, deve-se levantar a existência ou não de tendência em ocorrer a elasticidade cruzada de demanda.

Caso tal tendência seja confirmada, concluir-se-á, preliminarmente, que o mercado originário não constituiria um mercado relevante geográfico, devendo o mercado para o qual se dirigiram os consumidores ser incluído naquele mercado originário, ampliando-se o mercado, a fim de se delimitar, com acuidade, a verdadeira dimensão territorial do mercado relevante geográfico.

A incidência de custos de transporte é, sem dúvida, um dos mais importantes aspectos a serem observados para a definição do mercado relevante geográfico. Os custos realizados com o transporte dos produtos encarecem os mesmos, somando-se aos custos finais do produto, de modo que, a depender das peculiaridades de cada mercado, aquele produto externo não seja apto a concorrer em igualdade de condições com os produtos locais.

Dependendo das circunstâncias, os gastos efetuados com transporte dos produtos externos, a onerá-los sobremaneira, podem conduzir a uma situação anticoncorrencial, qualificada por uma posição de independência e indiferença do agente econômico local em relação ao agente econômico externo.

Com efeito, a discrepância entre o preço dos produtos externos e o dos produtos locais pode ser tão alta que impeça a relação de concorrência entre os fornecedores, isolando-os em diversos mercados relevantes geográficos próprios e distintos, o que, irrefutavelmente, constitui fato a ser repudiado pelo Direito Antitruste.

As características do produto, tais como a durabilidade e a resistência ao transporte, têm também uma relação íntima com a definição de mercado relevante geográfico. Já se decidiu, *exempli gratia*, levando-se em conta precisamente as características do produto, que o mercado de leite pasteurizado não coincide com o mercado de leite fresco. O leite pasteurizado tem maior durabilidade e resistência ao transporte, contando, inclusive, com os préstimos da tecnologia de envasamento, é óbvio que ele pode concorrer numa área geográfica maior que a área abrangida pelo leite fresco, que é produto frágil se comparado ao leite pasteurizado.

Num primeiro momento, numa apressada análise, poder-se-ia concluir que só há um mercado relevante geográfico para o leite, uma vez que inexistia diferença significativa entre os produtos que pertencem ao gênero leite.

Não obstante, num momento seguinte, atento às características de cada produto, em especial sua resistência e durabilidade, conclui-se que, diante da necessidade de transportá-los, o leite pasteurizado é mais adequado que o leite fresco. Ambos, assim, não podem ser concebidos como pertencentes a um mesmo mercado relevante geográfico.

O incentivo das autoridades locais é também outro fácil aspecto de se correlacionar com a definição de mercado relevante geográfico. Com efeito, a depender do grau de incentivo que as autoridades locais venham a disponibilizar aos produtores locais, isso poderá reduzir, ou, até mesmo, eliminar a relação de concorrência entre o produto local e o externo.

A existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado constitui também um importante fator a ser analisado. A mesma consiste em qualquer fator que torne esta entrada mais custosa ou mais difícil. É qualquer fator que dificulte ou impeça a entrada do agente econômico no mercado.

Um importante fator, que constitui barreira, é a existência de altas tarifas aduaneiras. Existindo altas tarifas aduaneiras, é óbvio que o produto a ingressar no mercado será onerado pela incidência da exação, o que prejudicará, naquele espaço físico específico, o desenvolvimento regular das práticas concorrenciais.

Se um determinado mercado é impermeável à entrada de novos agentes, certamente, constituirá ele um mercado relevante geográfico distinto, uma vez que as empresas que nele atuam não estarão sujeitas à concorrência externa. Ocupariam elas agentes, assim, posição de indiferença e independência em relação aos agentes econômicos externos (comportamento imanente ao agente econômico monopolista).

Naturalmente, se existirem tais barreiras, o mercado relevante tenderá a ser mundial, já que não haverá falar em diferença de preços significativa a ponto de impedir a concorrência.

1. 3 – Mercado relevante material (do produto)

1.3.1– Conceito e elementos para a definição

O mercado relevante material, ou, como também é conhecido, mercado relevante do produto, é aquele que, conforme o próprio nome sugere, tem por foco central de investigação o produto em si mesmo considerado³.

3 Embora a expressão *mercado relevante do produto* refira-se apenas a *produto*, é intuitivo que ela abarca também os *serviços*, que, neste caso, estão incluídos na acepção de *produtos*.

Segundo a professora Paula Forgioni (1998, p. 207), o mercado relevante material (ou mercado do produto) é aquele em que o agente enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece. No procedimento dinâmico de definição do mercado relevante material, tido sempre como o primeiro passo a ser dado rumo à identificação do poder no mercado, será preciso que o aplicador do Direito Antitruste tenha em linha de consideração o produto com suas características e peculiaridades.

Não obstante, isso não se dá pura e simplesmente, quer-se dizer, o produto jamais poderá ser considerado de forma isolada, individualizada, em um compartimento estanque. Com efeito, é preciso que o elemento produto seja investigado também sob o prisma do consumidor. De fato, o consumidor é, em última instância, o maior interessado na verificação da qualidade do produto, seu preço final, sua disponibilidade no mercado, etc.

A definição de mercado relevante material é uma atividade que está visceralmente ligada ao comportamento do consumidor, por ser o agente que, consumindo o produto, incita a concorrência.

Assim, para a delimitação do mercado relevante do produto, deve-se verificar o comportamento do consumidor: estaria ele disposto a substituir um produto por outro? Ou seja, a intercambialidade (ou fungibilidade) dos produtos será o primeiro elemento a ser apreciado para a delimitação do mercado relevante material.

Imaginando a existência de dois produtos similares, se o preço de um é aumentado, e o outro passa a sofrer maior procura, é forçoso concluir que tais produtos são intercambiáveis, e, portanto, compreendem o mesmo mercado relevante material, já que em relação direta de concorrência. É o que se designa presunção de intercambialidade.

Evidentemente, *a contrario sensu*, se não há substituíbilidade, é porque tais produtos não se encontram em relação de concorrência, não constituindo assim o mesmo mercado relevante do produto.

Para se delimitar o mercado relevante do produto, é preciso verificar se, num aumento hipotético de preços, ocorre a chamada *elasticidade cruzada*. A elasticidade cruzada denota a busca do consumidor por outro produto, em virtude do aumento de preços, seja migrando para outro mercado relevante (elasticidade cruzada de demanda), seja adquirindo um produto de outro fornecedor, que invadiu o mercado relevante originário (elasticidade cruzada de oferta).

II – As concentrações econômicas

2.1 – Concentrações econômicas: conceito e modalidades

Antes de serem tecidas quaisquer considerações sobre as concentrações econômicas, é mister que se afirme o seguinte: a concentração econômi-

ca é verdadeiramente um conceito econômico e jurídico, ou seja, interessa ao campo do Direito (em especial o Direito Antitruste) e das Ciências Econômicas.

Na seara do Direito Antitruste, não se pode afirmar que a concentração econômica seja “boa” ou “ruim”. Como se concluirá adiante, da concentração econômica poderão advir efeitos positivos e negativos para o mercado. Pode-se afirmar, assim, que a concentração econômica é, pelo menos a princípio (ou seja, até que se verifiquem as questões conjunturais à concentração), um fenômeno axiologicamente neutro.

Forgioni (1998, p. 362), com efeito, traz à colação hipótese em que as concentrações econômicas geram benefícios ao mercado:

Embora pareça uma contradição, muitas vezes a venda de uma empresa é o meio mais eficiente ou mais seguro de preservar a continuação de suas atividades. (...) Há, também, outros fatores a serem ponderados: mediante a operação de concentração, ganhos ou economias tributárias podem estar sendo viabilizados. Nada obsta, também, que a operação seja verdadeira operação de investimento de capital (...) a diversificação pode estar sendo visada para diminuir os riscos da atividade empresarial, ampliando o leque de mercados em que atua o agente econômico.

Feita a ressalva, passemos agora à conceituação do fenômeno.

A concentração econômica consiste, basicamente, num conceito que expressa o aumento de riqueza em poucas mãos (FORGIONI, 1998, p. 335).

Uma definição mais técnica foi formulada pelo jurista Nuno Carvalho, segundo o qual a concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos do capital social, seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial (CARVALHO apud FORGIONI, 1998, 357).

Como se vê, a concentração é fenômeno que não se confunde com a cooperação, que é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece independente no que diz respeito aos aspectos da atividade não sujeitos ao acordo. O cartel é o exemplo clássico de ato de cooperação, e o truste é o exemplo para ato de concentração.

A concentração é fenômeno que se relaciona com a estrutura de mercado, ao passo que a cooperação diz respeito às condutas.

O processo de concentração econômica está intimamente relacionado ao exercício de poder no mercado. Com efeito, o processo de concentração pode levar ao comprometimento do normal funcionamento do mercado, já que se presta, como se viu, a concentrar o poder econômico em mãos de poucos agentes econômicos.

Uma vez obtida, por determinado agente, a condição monopolística, o agente, comodamente instalado numa situação de independência e indiferença, fatalmente abusará de sua condição de superioridade, causando mal-estar econômico no mercado, o que, evidentemente, é repudiado pelo Direito Antitruste.

Considerando a instabilidade eventualmente causada pelos atos de concentração, passaram estes a figurar como foco de preocupação do Direito Concorrencial, e o meio encontrado para eliminar os efeitos anticoncorrenciais das concentrações foi combater a formação dos grandes núcleos de poder econômico e, ao mesmo tempo, controlar o exercício deste poder.

De acordo com a doutrina dominante, são três as modalidades de concentração econômica: a horizontal, a vertical e o conglomerado.

A concentração horizontal, em síntese, é aquela que envolve agentes econômicos que se encontram em relação direta de concorrência, já que atuam no mesmo mercado relevante. É, assim, a concentração que se processa entre concorrentes.

É interessante observar que o conceito de concentração horizontal é um conceito amplo, devendo ser considerado como ato de concentração horizontal não apenas a integração entre empresas que fabriquem ou comercializem o mesmo produto, mas também todos os fabricantes de produtos substitutos, que, num eventual aumento de preços, passariam a figurar como provável alternativa a ser adotada pelos consumidores daquele mercado.

Segundo nos informa a doutrina e a jurisprudência, esta modalidade de concentração é a que mais prejuízos pode causar no mercado.

A concentração vertical, por sua vez, é aquela que se dá entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais na qualidade de comprador-vendedor ou prestador de serviços. Em síntese, é aquela concentração que se opera entre agentes econômicos que se encontram concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto.

A definição de conglomerado é residual, isto é, a concentração que não for horizontal nem vertical. Desta forma, as concentrações conglomeradas dizem respeito a empresas que atuam em mercados relevantes completamente apartados.

As concentrações conglomeradas podem ser classificadas em:

a) de expansão de mercado (implicam a aquisição por uma empresa de outra, embora produzindo o mesmo produto, mas em mercados relevantes distintos); b) de expansão do produto (união de empresas produtoras de bens complementares por natureza); ou c) de diversificação (união de empresas cujos produtos não guardam qualquer relação de concorrência ou complementaridade).

2.2 – Concentrações econômicas no Direito brasileiro

O Direito brasileiro, atento à necessidade de regular o fenômeno concentracionista, consagrou um sistema antitruste apto a evitar ou, pelo menos, minorar os efeitos negativos oriundos do enfeixamento de poder econômico em mãos de poucos agentes.

A disciplina normativa que arrima o sistema antitruste brasileiro contemporâneo encontra amparo, primeiramente, na própria Constituição da República de 1988, em especial quando dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira (Título VII). Neste título, resta iniludível a intenção da Lei Maior em regular a concorrência: de fato, a Magna Carta erige a livre concorrência como Princípio Constitucional econômico, nos termos do artigo 170, inciso IV.

Para compreendermos o significado de “livre concorrência”, faz-se imprescindível trazermos à colação a elucidativa lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citado por Eros Roberto Grau (2002, p. 252).

Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada (grifo nosso).

Além disso, a *Lex Mater* ordena a repressão ao abuso do poder econômico ao dispor, no parágrafo 4º do artigo 170, que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 1988).

Como fruto desta injunção constitucional, foi editada, em 11 de junho de 1994, a Lei n. 8.884 (Lei Antitruste), dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão do abuso do poder econômico.”⁴

No que tange especificamente ao controle das concentrações econômicas, a Lei n. 8.884/1994 previu um engenhoso sistema de índole preventiva, que tem por desiderato prevenir o surgimento de estruturas concentradas que, de qualquer modo, viabilizem o abuso do exercício de poder no mercado, prejudicando a concorrência (BRASIL, 1994).

É o que ressaí dos termos do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei Antitruste, transcrito *ipsis litteris*:

Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (...) § 3º. Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresas resultante em 20 % (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) (BRASIL, 1994).

Não obstante, considerando os efeitos positivos que algumas concentrações podem trazer para o mercado⁵, tal sistema não poderia deixar de consagrar exceções à mencionada regra legal. Assim, eventuais atos de concen-

4 Cf. art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.884/1994.

5 Como se insistiu anteriormente, as concentrações econômicas são, pelo menos a princípio, axiologicamente neutras. Destarte, podem, a depender da conjuntura político-econômica, provocar efeitos positivos ou negativos no mercado.

tração poderão ser autorizados pelo CADE, desde que preenchidos os requisitos e condições preestabelecidos pelo legislador, os quais refletem uma presunção de não exercício abusivo de poder no mercado.

Segundo Forgioni:

A Lei n. 8.884, de 1994, embora declaradamente inspirada no sistema europeu, adotou o sistema das *autorizações*, em vez do sistema de isenções. (...) Para que a prática seja autorizada, as partes deverão submetê-las à apreciação do CADE previamente, ou no prazo máximo de 15 dias úteis contados de sua realização, conforme dispõe o artigo 54, § 4º, da Lei n. 8.884/94 (1998, p. 193).

III – Definição de mercado relevante: instrumento de controle das concentrações

A concentração econômica consiste, como visto, num conceito que expressa o aumento de riqueza em poucas mãos.

Como se vê, a concentração é fenômeno que não se confunde com a cooperação, que é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece independente no que diz respeito aos aspectos da atividade não sujeitos ao acordo. O cartel é o exemplo clássico de ato de cooperação, ao passo que o truste seria o exemplo para ato de concentração. A concentração é fenômeno que se relaciona com a estrutura de mercado, ao passo que a cooperação diz respeito às condutas.

O processo de concentração econômica está intimamente relacionado ao exercício de poder no mercado. Com efeito, o processo de concentração pode levar ao comprometimento do normal funcionamento do mercado, já que se presta a concentrar o poder econômico em mãos de poucos agentes econômicos.

O agente econômico, comodamente instalado em tal condição de independência e indiferença, fatalmente abusará de sua condição de superioridade, causando mal-estar econômico no mercado (diminuição da variabilidade de produtos, aumento de preços, falta de investimentos em tecnologia, etc.), o que, evidentemente, é repudiado pelo Direito Antitruste.

Considerando a instabilidade eventualmente causada pelos atos de concentração, passaram estes a figurar como foco de preocupação do Direito Concorrencial, e o meio encontrado para eliminar os efeitos anticoncorrenciais

das concentrações foi combater a formação dos grandes núcleos de poder econômico e, ao mesmo tempo, controlar o exercício deste poder.

Sabe-se que a aplicação rigorosa da lei concorrencial pode provocar efeitos indesejados ao mercado, deturpando mesmo o novel escopo do direito antitruste. Desta forma, doutrina e jurisprudência relacionam alguns critérios a serem utilizados pelos operadores do Direito Antitruste para diminuir o rigorismo de certas ordenações antitruste.

São eles: a regra da razão (*rule of reason*), as isenções, autorizações e a definição de mercado relevante. Sobre os três primeiros, teçamos breves comentários. A definição de mercado relevante já foi objeto de consideração neste estudo, motivo pelo qual é despidendo abordarmos sobre ela novamente.

Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma 'não razoável' (...) 'a contrario sensu', por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio. (...) para que seja composto o suporte fático previsto na hipótese normativa, necessário se faz que a prática em questão restrinja a concorrência de forma não razoável, sendo esse fator componente (indispensável) do mesmo suporte fático (FORGIONI, 1998, p. 185).

Conforme a lição de Calixto

Mesmo sofrendo certas resistências iniciais, a regra da razão acabou cedo por se firmar, restringindo a aplicação do dispositivo apenas àqueles contratos que causassem uma desarrazoada (*unreasonable*) restrição ao comércio. A expressão 'desarrazoada' envolve dois aspectos. Em primeiro lugar, é necessário que a restrição seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição (...) Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova uma substancial redução da competição (2002, p. 151).

A outorga de isenções é mecanismo previsto nos sistemas europeus, e se dão da seguinte forma: num primeiro momento, o ordenamento jurídico elenca as condutas proibidas, ou seja, as condutas flagrantemente prejudiciais à concorrência. Num segundo momento, o mesmo ordenamento jurídico prevê a viabilidade de sua legitimação. Isso se dá também, *mutatis mutandis*, com o Direito Tributário e Penal (as causas excludentes de ilicitude e de

culpabilidade são, em última instância, isenções concedidas pelo ordenamento jurídico penal).

A concessão de autorizações, por sua vez, foi adotada pela Lei n. 8.884/94, sendo disciplinada no artigo 54 deste Diploma Legal.

O importante é assinalar que a legislação antitruste, para atingir seu novel escopo de preservar a concorrência dentro dos ditames da justiça social, deverá ser manejada de forma instrumental: a norma antitruste é um meio, e não um fim em si mesma. E isso se aplica à disciplina das concentrações econômicas, figurando a definição do mercado relevante como um precioso instrumento para se saber quais são os *good trusts* e os *bad trusts*.

Considerando os efeitos negativos ora provocados pela concentração econômica, adquire a definição de mercado caráter instrumental de grande valia para o Direito Antitruste.

Assim, define-se o mercado relevante, delimitando seus contornos, para, em seguida, verificar se há, em seu âmbito, qualquer comportamento ou estrutura, em nosso caso especificamente a concentração, que denote a prática de poder anticoncorrencial, a ser repudiado pelo Direito Concorrencial.

Neste sentido, o entendimento de Calixto Salomão Filho, segundo o qual:

O referido método prevê exatamente isso: primeiro a definição do mercado relevante, através do estabelecimento dos limites geográficos e relativos ao tipo de produto e, em seguida, a verificação da participação percentual do agente econômico neste mercado (2002, p. 97-98).

É possível concluirmos pela existência de uma relação direta entre a definição de mercado relevante e as concentrações de empresas: na atividade de definição de determinado mercado relevante, é possível que ele seja delimitado de forma mais ou menos ampla, o que seguramente influenciará na configuração ou não de uma concentração em nível anticoncorrencial.

A propósito, a própria legislação antitruste brasileira adotou o método de definição de mercado relevante como elemento indicador da existência de poder no mercado, conforme se depreende dos artigos 20, parágrafos 3º e 54, parágrafo 3º da Lei n. 8.884/94, nos quais é utilizada a expressão “mercado relevante” (BRASIL, 1994).

No caso brasileiro, portanto, adotou-se expressamente o método de definição de mercado como indicativo da existência de poder no mercado, por meio da verificação percentual da participação do agente econômico neste mercado.

Aliás, é bom frisar que o referido método possui uma qualidade extra: ele se presta não apenas para a definição de um poder já existente no mercado, para se apurar eventual abuso de poder (artigo 20 da Lei Antitruste). Presta-se também para a mensuração do poder de mercado que virá a existir no futuro.

É possível vislumbrar a existência de poder no mercado por meio do sistema de controle das concentrações econômicas, previsto no artigo 54 da Lei de Concorrência. Vê-se, nesse passo, que as estruturas de mercado, e não os comportamentos pretéritos dos agentes, é que deverão ser analisadas a fim de se concluir por uma eventual concentração econômica capaz de, no futuro, exercer poder de mercado de forma abusiva.

Tem-se, aqui, o controle preventivo, positivado no artigo 54 da mencionada Lei n. 8.884/94, o qual é exercido conjuntamente com o controle repressivo, previsto no artigo 20 deste mesmo diploma legislativo, e que se dá por meio da aplicação das sanções cominadas a condutas previamente tipificadas (*tabbestand ou fatispecies*).

A plasticidade inerente à definição de mercado relevante é argüida como defesa antitruste de inestimável valor, em especial quando se trata de concentração econômica.

IV – Considerações finais

À guisa de conclusão, entendemos que as concentrações econômicas, compreendidas num conceito que denota o acúmulo de poder em poucas mãos, constituem um fenômeno que interessa tanto ao Direito quanto às Ciências Econômicas.

As concentrações econômicas não podem ser qualificadas peremptoriamente como “boas” ou “ruins”, motivo pelo qual se afirma serem elas, pelo menos a princípio, axiologicamente neutras. Com efeito, algumas podem causar mal-estar econômico no mercado; outras, ao contrário, poderão, por exemplo, estimular seu crescimento.

Quando causam mal-estar econômico no mercado, restringindo a concorrência e prejudicando os consumidores, aumentando excessivamente os preços dos produtos, diminuindo o investimento em tecnologia ou, ainda, restringindo a variabilidade dos produtos, passam as concentrações a figurar como foco central de preocupação do Direito Concorrencial.

6 É claro que as concentrações benéficas (*good trusts*) também interessam ao Direito Concorrencial. Contudo, considerando os males advindos das concentrações prejudiciais ao mercado (*bad trusts*), recebem elas atenção diferenciada.

A definição de mercado constitui elemento de controle das concentrações. Seja adotando o critério material (do produto), seja o geográfico, ela é, na realidade, o primeiro passo a ser dado para se detectar existência de poder no mercado que configure uma situação anticoncorrencial, como é o caso das concentrações.

Ao se definir certo mercado relevante, é possível delimitá-lo de forma mais ou menos ampla, o que seguramente influenciará na configuração ou não de uma concentração em nível anticoncorrencial (caráter instrumental da definição de mercado).

Se o operador do Direito Antitruste conceber o mercado relevante de forma restrita, o percentual de mercado das empresas envolvidas na concentração tenderá a ser maior, e maiores serão as chances de o ato de concentração ser visto como prejudicial à concorrência.

Se, ao contrário, se conceber aquele mercado relevante de forma ampla, até mesmo mundial (em consonância, inclusive, com o fenômeno da globalização econômica), o percentual de participação das empresas envolvidas será obviamente menor, a ensejar seguramente parecer favorável àqueles atos, em virtude de não se configurar conduta anticoncorrencial.

A definição de mercado relevante, assim, constitui elemento de flexibilização das normas antitruste, e, em se tratando das concentrações econômicas, pode ser considerado valioso instrumento para a implementação de políticas públicas, tomando por base a conjuntura econômica adjacente. Restará ao prudente critério dos operadores do Direito Concorrencial a incumbência de aplicar as normas antitrustes ao caso concreto, aquilatando a conveniência ou não para o mercado de se permitir uma determinada prática concentracionista. Para tal, a definição de mercado relevante assume vital importância.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jul 2008.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 15 jul 2008.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresa. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002.