

SUBSEÇÃO III – DIREITO ADMINISTRATIVO

1. ARTIGOS

1.1 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

ANDRÉ GONÇALVES GODINHO FRÓES

Bacharel em Direito e Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO: 1. Breve intróito sobre o conceito de Direito Econômico. 2. Fundamentos constitucionais da defesa da concorrência. 3. Procedimento administrativo no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 4. Conceitos de direito concorrencial aplicáveis ao procedimento administrativo. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Breve intróito sobre o conceito de Direito Econômico

É ponto pacífico que a disciplina da defesa da concorrência pertence ao domínio do Direito Econômico. Não seria, entretanto, cientificamente adequado tratar desse tema sem declinar as razões doutrinárias dessa assertiva ou, em outras palavras, precisar os motivos da existência de um Direito Econômico da Concorrência. A subsunção do tema àquele ramo da Ciência Jurídica justifica-se pelo fato de que a proteção da concorrência constitui uma das faces mais relevantes da política econômica; uma vez que esta última consiste no objeto imediato do Direito Econômico, a integração entre o tema e aquele domínio do Direito torna-se clara. Com efeito, as definições doutrinárias assim se colocam:

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da economicidade (SOUZA, 1994, p. 23).

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem como objeto imediato a jurisdicização das políticas econômicas e mediato a definição do regime das propriedades (VAZ, 1993a).

A autonomia científica do Direito Econômico proveio da própria realidade social. À semelhança do que ocorreu com o Direito Comercial, Constitucional, Administrativo e Trabalhista, que ganharam autonomia didática e metodológica pelos fatos e movimentos sociais – respectivamente, as navegações e descobrimentos; “[...] os ideais políticos projetados no Estado de Direito, no século XIX, com o fortalecimento dos Estados dotados de personalidade jurídica própria”; e os movimentos operários do século XX –, o Direito Econômico “[...] destacou-se da formação da sociedade industrial e de consumo do século passado.” (SOUZA, 1994, p. 28). É de fatos históricos da importância das Guerras Mundiais, da Revolução Russa e da Crise de 1929, que vieram exigir a intervenção estatal na economia, que surgiu o novo ramo jurídico.

O conteúdo da norma de Direito Econômico será, obviamente, econômico, mas político-econômico. Muitos outros ramos do Direito contêm normas de caráter econômico, como o Direito Comercial, Civil, Trabalhista, Constitucional, Penal, Administrativo e Internacional. A política econômica, entendida como o conjunto de medidas que regulam a atividade econômica, é que o caracterizará (SOUZA, 1994, p. 28). As definições doutrinárias que oferecemos para que se estabeleça a relação entre a defesa da concorrência e o Direito Econômico exigem a determinação das noções de algumas outras, como as de economia, política, política econômica e do próprio conceito de concorrência. Essas exigências ocorrem sempre que se utiliza a técnica metodológica da análise de conteúdo, que, dentre suas características, tem a da necessidade de formação de uma rede de conceitos analíticos para instrumentalizar o trabalho da pesquisa bibliográfica. É por esses motivos que julgamos necessário elencar os conceitos referidos, tais como a doutrina os oferece.

Assim, Economia é um termo formado pela junção das palavras gregas *óikos* e *nomos*, etimologia que esclarece muito sua significação. *Óikos* pode ser traduzido como *casa*, enquanto *nomos* como *ordenação* ou *organização*. Economia é, assim, a ciência que estuda a racionalização do uso dos bens escassos para a satisfação das necessidades humanas. Escassez e utilidade são elementos essenciais para essa ciência, já que seria inútil organizar objetos abundantes e de que não se tem necessidade (NUSDEO, 1997).

Outro conceito imprescindível para o estudo a que nos propomos é o de política. Vaz (1993a) constrói os seguintes raciocínios sobre a matéria: segundo a autora, a ciência “[...] extrai leis gerais sobre seu objeto de estudo”. Descoberto pela lógica o processo de raciocínio, “[...] ela legisla os métodos corretos para raciocinar. [...] Uma vez conhecidas as proposições verdadeiras sobre a atividade política, surgem regras para a ação política”. Assim é que a ciência tem por consequência a normatização de seu objeto. Na clássica definição de Littré (1870), política é “[...] a ciência do

governo dos Estados”. Na busca da *integração* – faz-se referência ao mito da deusa Jânus, representativo das duas faces da política: luta e integração –, a política torna-se também arte e prática, dirigida à transformação da sociedade. Por fim, o termo pode significar ainda *atuar na polis* (VAZ, 1993a, 171-194). Por meio desse conceito chega-se ao de política econômica, que é definido pela mesma autora como o “[...] conjunto de ações adequadas dirigidas racionalmente para a obtenção de determinados resultados de natureza econômica em uma comunidade”. Pode compreender a política econômica estatal ou macroeconômica, em que a ação do Estado abrange todas as variáveis econômicas, de que são exemplos a política inflacionária, financeira, de comércio exterior, de mercado de capitais e a monetária. Ou, ainda, a política microeconômica: “[...] os agentes econômicos privados [...], ao estabelecerem metas a serem atingidas e meios para sua obtenção, tais como o aumento da produtividade e a redução de custos, realizam uma política microeconômica” (VAZ, 1993a, p. 195-196). A eleição da política econômica como objeto imediato do Direito Econômico é assim explicada pela autora: “Em um Estado de Direito, [...] as medidas de Política Econômica se impõem através de instrumentos legais previstos pela ordem jurídica. [...] [A] política econômica oficial [está] expressa em textos legais de natureza e conteúdos diversificados, que constituem o objeto do Direito Econômico” (VAZ, 1993a).

A defesa da concorrência é, como já afirmamos, um dos conteúdos mais importantes da política econômica, assertiva que se justificará no próximo item. A idéia de defendê-la põe-se em razão dos fatos históricos que comprovaram a tendência das concentrações econômicas no regime capitalista, incapaz de realizar os elementos da concorrência perfeita apenas pelos denominados mecanismos naturais de mercado. São as falhas de mercado¹, portanto, que justificam a adoção de políticas econômicas de defesa da concorrência, realizadas principalmente pelo instrumento de que dispõe a Administração Pública para tanto, o procedimento administrativo perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A concorrência e a competição já foram identificadas como fenômenos naturais e como a

[...] expressão do princípio da sobrevivência (econômica) do mais forte (economicamente) [...] pelos clássicos e neoclássicos da Economia, os quais chegaram, inclusive, a equiparar as forças do mercado competitivo de oferta e procura com as forças biológicas segundo as quais Darwin explica a seleção natural: a competição no mercado era também a sobrevivência do mais forte (VAZ, 1993a, p. 21).

¹ A doutrina as divide em cinco espécies: a falta de acesso às informações relevantes, as concentrações, a imperfeita mobilidade dos fatores de produção, os bens públicos e as externalidades negativas e positivas (VAZ, 1993a; NUSDEO, 1997).

A idéia comum de disputa e rivalidade é complementada pelo pensamento de Font Galán (1987, p. 22): “*La concurrencia es el sustrato económico-material de la ‘competencia entre empresarios’ y también el presupuesto fáctico natural de la competencia entendida como ‘elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado’*”. Esses pressupostos teóricos que apresentamos, juntamente com outros mais específicos que relacionaremos adiante, parecem-nos indispensáveis para uma compreensão mais completa do tema.

2. Fundamentos constitucionais da defesa da concorrência

A livre iniciativa constitui, ao lado dos valores sociais do trabalho, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, segundo declara o artigo 1º, IV, da Constituição da República, de 1988. Os Títulos I, *Dos Princípios Fundamentais*, II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* e VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, formam o que em Direito Econômico costuma-se designar por *constituição econômica*. Essa, em sentido formal, é

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta (MOREIRA apud FONSECA, 2003, p.54).

O artigo 170, IV, estabelece que a livre concorrência é um dos princípios gerais da atividade econômica. Como princípio, é norma jurídica autoaplicável, dotada de generalidade acentuada, de caráter estruturante e harmonizante do ordenamento jurídico. A livre concorrência e a livre iniciativa são reconhecidas ainda pela doutrina como valores a serem alcançados e protegidos pela atividade econômica. A primeira define-se como a “[...] luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado, quando se fala de vendedores, ou uma maior ou melhor parte da oferta, quando se fala de compradores.” (FONT GALÁN apud VAZ, 1993a, p. 508). A segunda, como a “[...] liberdade de qualquer pessoa para o exercício de uma atividade econômica destinada ao mercado” (SHIEBER apud VAZ, 1993a, p. 509). O regime das propriedades está definido nas Constituições dos países de acordo com o modelo econômico adotado. No caso do Brasil, o regime das propriedades é misto, pois o modelo econômico é misto ou dualista. Assim, a CR/88 tanto defende direitos e princípios próprios do liberalismo, tais como a livre iniciativa, a livre concorrência

e a propriedade privada, quanto princípios e direitos econômicos e sociais, de que a valorização do trabalho humano, a participação dos empregados na gestão e nos lucros das empresas e a função social da propriedade são exemplos (VAZ, 1993, p. 225)².

O dualismo do modelo econômico brasileiro e da constituição econômica decorre da adoção do paradigma de Estado democrático de Direito na Constituição da República de 1988. Bobbio (1997) fornece algumas noções importantes para a compreensão desse tema. Segundo ele, os assim chamados direitos naturais não podem ser compreendidos, pelo motivo de sua denominação, como direitos ou dever ser encontráveis na Natureza, pois todos os direitos humanos são históricos, resultados da evolução moral da sociedade ao longo dos tempos. Se se admite, por exemplo, o direito de greve como direito natural, por ser ligado à dignidade do homem e por consubstanciar-se na expressão maior da liberdade de recusa em continuar trabalhando sob condições tidas como inaceitáveis, tal assertiva não deve ser compreendida senão como acessória. A classificação doutrinária mais usual para o direito de greve é a de direito social, ou direito de 2ª geração, historicamente adquirido pelas classes trabalhadoras nos movimentos sociais do século XX. Diz-se *social* como diferenciação diante dos direitos individuais, de 1ª geração, dos direitos difusos e ambientais, de 3ª geração, e dos direitos relativos à genética, de 4ª geração. Essa é, com efeito, a classificação dada por Bobbio (1997).

O Estado democrático de Direito é, sem dúvida, o paradigma de Estado que melhor pode expressar todas essas gerações de direitos históricos. Se, por um lado, o Estado Liberal só resguardava os direitos individuais (citam-se os direitos à reunião, à associação, às liberdades de palavra e de imprensa), o Estado Social somente podia compreender a adição dos direitos sociais, como os direitos à saúde, à educação, à moradia e o próprio direito de greve. Essa segunda geração de direitos foi, ao contrário da primeira, aquela que exigiu maior intervenção estatal para o fim de sua concretização. Por outro lado, os direitos de terceira e quarta gerações são insitos ao Estado Democrático de Direito. Somente sua estrutura ideológica poderia acolher os direitos difusos, desprovidos de

² Segundo a eminente Professora, modelo econômico é o “[...] esquema simplificado do funcionamento de um conjunto de instituições”. O modelo é passível de várias interpretações e serve para compreender a realidade. É nas Constituições que se traçam os modelos econômicos, através das normas e princípios jurídicos próprios, que refletem ou constituem a ideologia constitucionalmente adotada. Para Vaz, essa ideologia é a da *democracia econômica e social*. “O conjunto de institutos, princípios e normas de conteúdo econômico constitui o modelo econômico de uma determinada Constituição” (VAZ, 1993a, p. 203-205). Podem ser classificados em três tipos: “Economia de mercado: presidido pela soberania do consumidor, a liberdade de preços e a livre decisão empresarial, calcado sobre a base da propriedade privada dos meios de produção. Economia de direção ou planificação central: presidido pelas decisões da autoridade, com base nas necessidades estimadas dos cidadãos, sob um regime de preços controlados e remunerações fixadas, tanto para a empresa como para seus agentes e calcado na propriedade coletiva dos meios de produção. Modelo intermediário ou de economia mista: combinam-se os dois sistemas de decisão (individual e estatal) e de propriedade (pública e privada).” (VAZ, 1993a, p. 207).

titular específico, ou melhor, de titularidade de toda a coletividade. A necessidade de inclusão das várias correntes sociais, numa compreensão de democracia como tolerância e respeito às minorias, pode ser considerada como o fator mais importante ocasionador das mudanças de paradigmas de Estado durante o século passado.

O sistema brasileiro de defesa da concorrência busca a realização dessa ideologia constitucional. O CADE justifica do seguinte modo a proteção da concorrência. É essencial a presença da concorrência no contexto de uma economia de mercado, posto que a mesma possibilita um aumento na variedade e na qualidade de produtos, e ainda corrobora para a diminuição dos preços dos mesmos. É a concorrência o ator determinante para que os preços expressem a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. “Para que se obtenham os benefícios derivados da concorrência, é necessário que as empresas invistam em tecnologia, bem como realizem um estudo de mercado com o intuito de conhecer e atender as expectativas e desejos dos consumidores.” (BRASIL, 2006a). Poderíamos dizer que a concorrência é um instrumento existente em benefício dos cidadãos, vez que são estes os consumidores finais dos produtos e que experimentam as melhorias decorrentes das circunstâncias concorrenciais. “Além de conferir benefícios aos consumidores, a disputa entre as empresas ocasionada pelo ambiente concorrencial propicia que a economia brasileira entre com uma melhor estrutura no mercado externo.” (BRASIL, 2006a). Visto assim o arcabouço constitucional que fundamenta a proteção da concorrência, passemos ao procedimento administrativo destinado à sua promoção.

3. Procedimento administrativo no sistema brasileiro de defesa da concorrência

O procedimento administrativo perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência está estruturado fundamentalmente na Lei 8.884/94³. Os componentes da Administração Pública que o instruem são o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça; a Secretaria de Direito Econômico – SDE, ligada ao Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, órgão do Ministério da Fazenda. Há dois tipos de processo administrativo de defesa da concorrência, os atos de concentração e as condutas. Os primeiros referem-se a quaisquer atos que visem à concentração econômica, como as operações de fusão, aquisição, incorporação e *joint ventures*. Esses atos e contratos devem ser controlados pelo CADE sempre que impliquem a participação das empresas em 20% de um mercado relevante ou quando qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço igual a quatrocentos milhões de reais (artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94).

³ A Portaria nº 849, de 22 de setembro de 2000, do Ministério da Justiça, regulamenta as competências da Secretaria de Direito Econômico – SDE relativas à apuração de infrações à Ordem Econômica e confere-lhe uma série de prerrogativas.

Tais atos, entretanto, poderão ser autorizados pelo CADE desde que cumpram as condições previstas no artigo 54, §1º, I, *a, b, c*, II, III e IV. Essas exigências são o reflexo na lei brasileira de uma construção da doutrina estrangeira denominada Balanço Econômico. A elaboração desse conjunto de laudos técnicos destina-se justamente a analisar a existência de infração à ordem econômica por um determinado agente econômico. Os quesitos – melhor produção? Melhor distribuição? Promove progresso técnico? Promove progresso tecnológico? Reserva benefícios aos utilizadores? Impõe restrições desnecessárias? Prejudica a concorrência? – devem ser respondidos de modo afirmativo (exceto os dois últimos) para que se obtenha um Balanço Econômico positivo e não se verifique o abuso da posição dominante.

Se um ato de concentração for considerado necessário “[...] por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final” (artigo 54, § 2º), poderá ser autorizado pelo CADE, desde que, ainda, preencha pelo menos três das condições dos incisos do §1º do artigo 54, que são resumidamente as referidas no Balanço Econômico. Os processos de conduta são os que visam apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, conforme artigos 20 e 21 dessa lei. O artigo 20 elenca quatro hipóteses de infracionalidade, que são:

Art. 20. [...]

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

O artigo 21, por sua vez, descreve de forma exemplificativa condutas que podem realizar tais hipóteses. Assim, *verbi gratia*, o inciso I prevê a conduta de “[...] fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços”, o que se subsume, dependendo do caso concreto, a uma ou mais hipóteses do artigo 20. O procedimento administrativo perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dá-se, sinteticamente, do seguinte modo:

As denúncias de práticas infrativas à ordem econômica deverão ser encaminhadas à SDE, que dará início as averiguações preliminares ou, se houver condições, a um procedimento administrativo, procedimento este que tem por objetivo a produção de provas através da obtenção de documentos, da realização de pesquisas e da descrição dos fatos narrados. Na hipótese de se fazer necessário o estudo das implicações econômicas de tal denúncia, o processo deverá ser remetido

para a SEAE, que emitirá seu parecer.

Finda toda a fase inquisitória acima exposta, cabe ao CADE, com base nos elementos apurados, julgar a ocorrência sob análise, declarando a mesma abusiva ou não face aos princípios constitucionais reguladores da ordem econômica, máxime insculpidos na Lei 8.884/94, tomando então as providências cabíveis para coibi-la ou repará-la na hipótese da mesma consistir numa infração (BRASIL, 2006a).

O *iter* processual merece maior detalhamento. A Lei nº 8.884/94 o subdivide em três fases principais: as averiguações preliminares, a instauração e instrução e o julgamento pelo CADE. A primeira deve ser realizada pela SDE, de ofício ou mediante representação escrita e fundamentada de interessado, sempre que os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração do processo administrativo. Poderão ser executadas diligências para melhor apuração dos fatos, tais como inspeções de estoques, papéis, computadores e livros comerciais na sede social, estabelecimento, escritório ou filial da empresa investigada. Mandados de busca e apreensão poderão ainda ser requeridos pela Advocacia-Geral da União ao Poder Judiciário, sob solicitação da SDE (artigo 30, § 1º, c/c 35, 35-A e 35-B da Lei nº 8.884/94). Na Secretaria de Direito Econômico, a instrução do procedimento dá-se do seguinte modo:

1. O Secretário de Direito Econômico especifica os fatos a serem apurados e notifica o acusado para apresentar defesa no prazo de quinze dias;
2. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda é informada da instauração do processo administrativo para emitir parecer sobre as matérias da sua especialização, caso ache necessário;
3. É assegurado ao acusado amplo acesso aos autos, para que seu titular, diretores, gerentes ou advogado façam o devido acompanhamento do caso;
4. O acusado que, mesmo tendo sido notificado, não apresentar defesa no prazo legal, será considerado revel, ou seja, assume-se que ele aceita os fatos colocados contra ele na denúncia⁴;
5. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE pede a realização de diligências e a produção de provas de seu interesse, sendo possível também requisitar do acusado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas e dos órgãos e entidades da administração pública, informações, esclarecimentos ou documentos (arts. 35, 35-A, 35-B da Lei nº 8.884/94);
6. O acusado poderá apresentar provas, juntar documentos, bem como requerer

⁴ A Lei nº 8.884/94, em seu artigo 34, impõe a pena de revelia ao representado notificado que não se manifesta no prazo legal: incorre em confissão quanto à matéria de fato e não será mais notificado quanto aos demais prazos. Entretanto, o revel poderá intervir no processo em qualquer fase em que este se encontre, apenas não podendo repetir algum ato já praticado.

depoimentos de testemunhas;

7. Concluída a instrução processual, o acusado é notificado para apresentar alegações finais. Após essa etapa o secretário de Direito Econômico emite um parecer da Secretaria e o remete ao CADE para julgamento, caso seja configurada a infração à ordem econômica. Se não for configurada a infração, também é enviado um parecer ao CADE sugerindo o arquivamento dos autos;

8. Em caso de investigação sobre formação de cartel não existe recurso contra a decisão da SDE (BRASIL, 2006b).

Há a possibilidade da celebração de um Acordo de Leniência⁵ entre a União, intermediada pela SDE, e o representado. Essa medida pode visar extinguir a ação punitiva da Administração Pública ou à redução de um a dois terços da penalidade cabível. O representado deverá colaborar de forma efetiva com as investigações e o processo administrativo e de sua colaboração devem resultar a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração (artigo 35-B, I e II). Quanto à fase decisória, que se passa no CADE, importa dizer que as decisões colegiadas dessa autarquia não são passíveis de revisão pelo Poder Executivo e se executam imediatamente. Quando versam sobre multas ou obrigações de fazer ou não fazer, constituem-se títulos executivos extrajudiciais (artigos 50 e 60). As penas impostas a empresas podem consistir na aplicação de multa no valor de 1% a 30% do valor de seu faturamento bruto do último exercício; a administradores, em multa de 10% a 50% do valor daquele aplicável à empresa; e, às demais pessoas envolvidas, multas de seis mil a seis milhões (artigo 23, I a III).

As medidas preventivas e ordem de cessação podem ser adotadas pelo Secretário da SDE ou pelo Conselheiro-Relator sempre que haja indício ou fundado receio de que o representado venha a causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. Ordenarão, nesse caso, a imediata cessação da prática e a reversão à situação anterior, se materialmente possível (artigo 52 e § 1º). Cabe recurso voluntário ao Plenário do CADE, no prazo de cinco dias, sem efeito suspensivo (artigo 52, § 2º). O CADE ou a SDE – *ad referendum* do CADE – poderá celebrar compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. O termo de compromisso deverá conter as seguintes cláusulas:

⁵ O Portal da Concorrência www.fazenda.gov.br/seae/portal) Glossário, verbete *Acordo de Leniência* assim define: “[...] programa de redução de penas para os infratores à ordem econômica que se apresentarem espontaneamente às autoridades antitruste, instituído pela Lei nº 10.149/00 e regulamentado pela Portaria MJ nº 849/00. Mediante o programa, aqueles que cooperarem com o Governo, identificando os demais co-autores da infração e apresentando provas concretas, poderão ser poupados de processo administrativo ou ter as suas penas reduzidas de um a dois terços. A Lei nº 10.149/00 garantiu sua extensão à esfera penal, significando que o cumprimento do acordo de leniência extingue a punibilidade criminal das infrações à ordem econômica, caso se constituam em crime de ação penal pública.”

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;
- c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização (art. 53 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

A Lei nº 8.884/94 não permite, entretanto, que se celebre compromisso de cessação em casos em que haja qualquer das infrações previstas no artigo 21, I, II, III e VIII, que correspondem a diferentes manifestações da prática de cartel.

4. Conceitos de direito concorrencial aplicáveis ao procedimento administrativo

Como se depreende da leitura dos dispositivos legais citados, há alguns conceitos de direito concorrencial que são essenciais para a compreensão da matéria. O primeiro deles é o de mercado relevante. A doutrina aponta para o erro de tradução desse instituto, do inglês *relevant market*, que significa mercado pertinente ao caso concreto ou mercado em causa (BRUNA, 2001, p. 80). Mercado é definido pela teoria econômica como o espaço abstrato em que se realizam a oferta e a procura de bens e serviços. O adjetivo *relevant* exprime a idéia de qual espaço deve ser tomado em conta para que se diga se há ou não infração à ordem econômica. Um breve retrospecto histórico esclarecerá o sentido exato desse termo, que se originou em um caso que se passou nos Estados Unidos. A *E. I. Du Pont de Nemours & Co.*, empresa de papel celofane, foi processada por infração à ordem econômica (Seção Segunda do *Sherman Act*) pelo fato de deter 75% do mercado daquele tipo de papel. A empresa defendeu-se sob o argumento de não possuir poderes monopolísticos, já que concorreria com todos os produtores de materiais para embalagem. A decisão final foi a de sua absolvição, considerando que o mercado relevante *in casu* devia ser tomado como o de *papéis flexíveis para embalagem*, do qual a empresa detinha poucas cotas. Isso significa que se reconheceu que a *Du Pont* concorria não apenas com as outras empresas produtoras de papel celofane, mas com todas as outras fabricantes de papel manteiga, alumínio e determinados tipos de plástico. Foi utilizado nessa decisão, portanto, o conceito econômico de flexibilidade cruzada da demanda, pois foram considerados integrantes de um mesmo mercado relevante todos os produtos que os consumidores consideravam substituíveis entre si (BRUNA, 2001, p. 77). Essa é a chamada dimensão natural do mercado relevante, que se refere aos produtos que a oferta e procura daquele espaço abstrato abrangem. Há ainda a dimensão geográfica, que consiste na delimitação do espaço geográfico do mercado. A partir da delimitação dessas dimensões é que se determinarão os agentes econômicos que atuam num dado mercado relevante.

A Resolução nº 15/98 do CADE esclarece melhor esse conceito:

Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

[...]

Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada (BRASIL apud FONSECA, 2001, p. 155).

O segundo conceito de direito concorrencial que deve ser compreendido é o de posição dominante, definido pela própria lei, no art. 20: “§ 2º Ocorre posição dominante quando um empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”. O § 3º do mesmo artigo estabelece que a posição dominante é presumida quando o agente econômico detiver 20% do mercado relevante. O terceiro conceito, o de abuso da posição dominante, é definido como um abuso de direito, qual seja, o de obter a primazia no mercado a partir da própria eficiência, e se dá pela prática de infrações à ordem econômica, tal como previstas nos artigos 20 e 21.

Os conceitos de poder de mercado e poder econômico são subjacentes aos apresentados. Sua subjacência está em razão da necessidade de o agente econômico possuí-los, ainda que não simultaneamente, para que a conduta anticoncorrencial que impetrarem seja materialmente possível. Assim, de forma exemplificativa, será inútil a determinada empresa tentar aumentar arbitrariamente seus lucros pelo aumento abusivo de preços se não possuir poder econômico ou poder de mercado. Nesse caso,

os consumidores recorrerão aos concorrentes que mantiverem os preços em níveis aceitáveis. A definição desses conceitos esclarecerá essa assertiva.

Segundo Carvalhosa (apud BRUNA, 2001, p. 103), poder econômico é a “[...] capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado. Em outras palavras, economicamente poderoso é aquele que é livre por deter bens materiais suficientemente abundantes para sustentar tal liberdade de ação. O poder de mercado é tradicionalmente definido pela doutrina norte-americana como a “[...] capacidade de elevar os preços acima dos níveis competitivos, através da redução da oferta”. Como se vê, a definição aborda somente o lado da oferta, “[...] provavelmente porque a disciplina antitruste americana põe mais relevância no monopólio do que no monopsonio” (BRUNA, 2001, p. 105).

5. Conclusão

As considerações que fizemos acima tiveram por objetivo a localização da defesa da concorrência como um tema de Direito Econômico conjugado ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, o que exemplifica uma interseção corriqueira daquele ramo da ciência jurídica. O Direito Econômico já foi definido como uma *linha transversa* a atravessar todos os domínios do Direito que tivessem relação com a Economia. Como se viu, não basta o conteúdo econômico de uma norma para defini-la como de Direito Econômico. Será preciso sempre a existência da política econômica, imediatamente, e da definição do regime das propriedades, de forma ulterior, para caracterizá-lo. É esse o caso do procedimento administrativo de defesa da concorrência. Ainda que conserve a forma de Direito Administrativo – todas as suas normas procedimentais o são – o conteúdo desses processos versará invariavelmente sobre o *Direito Econômico da Concorrência*.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Belo Horizonte, Campus, 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Cartilha do CADE*. Disponível em: www.cade.gov.br/publicacoes/cartilha.asp. Acesso em: 20 nov. 2006a.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Concorrência: cartel*. Disponível em: www.fazenda.gov.br/seae/portal. Acesso em: 20 nov. 2006b.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício*. São Paulo: RT, 2001.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação anti-trust*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LITTRÉ, Émile. *Dictionnaire de la langue française*. Paris: Gallimard et Hachette, 1957-1960.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: LTr, 1994.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993a.

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