
Direito Econômico / Antitruste

*Programa Saber Direito
TV Justiça*

*Eduardo Molan Gaban
Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela PUC-SP
Visiting Fulbright Scholar / New York University
Professor de Direito Econômico / Direito Antitruste
Advogado em São Paulo e Brasília.*

Resumo do Curso

- O curso de introdução ao direito antitruste volta-se ao estudo dos conceitos e raciocínios básicos relacionados à disciplina. A idéia de Estado de Direito é reconcebida proporcionando plataforma à inserção da regulação econômica como estratégia de intervenção do Estado na economia, ao invés da tradicional idéia de Estado de “bem-estar”, ou *welfare-state*. Abordam-se as formas básicas de regulação, divididas em dois grandes blocos: a regulação geral e a regulação setorial, com a identificação das zonas de interconexão e de especialidades. O Direito Antitruste é deduzido a partir da teoria da regulação como uma das formas de regulação geral da economia. O curso, nesse momento, passa à decodificação do Direito Antitruste, com o estudo de seus principais conceitos e de sua lógica operacional aplicada em suas duas dimensões: *ex ante*, ou controle de concentrações empresariais; e *ex post*, ou controle de condutas anticompetitivas. Nesse ponto, estuda-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), seus principais atores (autoridades, sujeitos ativos, passivos e beneficiários), seus principais tipos de procedimentos, considerando-se suas três esferas possíveis de expressão: administrativa, criminal e civil, à luz dos principais casos já enfrentados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

1º Módulo – Apresentação, objetivos e perspectivas da disciplinas, conceitos gerais, bem-estar, excedente do consumidor, equilíbrio, oferta e demanda, preço de reserva, concorrência perfeita, ótimo de pareto, eficiências, introdução à teoria da regulação.

Enfoque interdisciplinar (economia e direito): para quê serve?

- Melhor compreensão dos fenômenos que transcendem os limites do universo do sistema jurídico-positivo (ou posicionam-se na zona de interconexão entre os sistemas jurídicos e econômicos)
- Auxílio na confecção de normas jurídicas para a solução de questões econômico-jurídicas
- Auxílio no cálculo dos “*feed-backs*” e na avaliação da performance normativa
- Auxílio para uma melhor distribuição de incentivos tendo em vista o desenvolvimento.

Sistema Econômico

- “Um sistema econômico pode ser definido como sendo a forma política, social e econômica pela qual está organizada uma sociedade. É um sistema de organização da produção, distribuição e consumo de todos os bens e serviços que as pessoas utilizam buscando uma melhoria no padrão de vida e bem-estar.

- Os elementos básicos de um sistema econômico são:
 1. Estoque de recursos produtivos ou fatores de produção
 2. Complexo de unidades de produção
 3. Conjunto de instituições políticas, jurídicas, econômicas e sociais

- Os sistemas econômicos podem ser classificados em:
 1. Sistema capitalista ou economia de mercado
 2. Sistema capitalista ou economia centralizada, ou ainda, economia planificada.” (Vasconcellos, 2004)

Sistema Jurídico

- “Conjunto de elementos voltado à ordenação teleológica, à defesa da unidade valorativa e da adequação do Direito.” (Canaris, 2000)
- “A Constituição pode ser vista como um conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes, pertencentes à classe das normas jurídicas de mais alto grau, porquanto inseridas no sistema alicerce do ordenamento jurídico.” (Carrazza, 1988)
- “A Constituição configura a ordem jurídica fundamental da comunidade. Sendo referida ordem jurídica o meio necessário à consecução da unidade política, ou unidade de atuação do poder dentro dos limites do Estado.” (Hesse, 1983)

Desenvolvimento Econômico

- “Desenvolvimento Econômico não se resume apenas às oportunidades econômicas formais que estão disponíveis (como mercados abertos, livre comércio, facilidades de transação etc.), mas engloba também as liberdades efetivas e as capacidades – que as pessoas possuem na esfera que encaramos como econômica, principalmente ter as suas necessidades econômicas básicas supridas.” (Amartya Sen, 2005)

Premissas para desenvolvimento

- Necessidade de padrões mínimos de segurança institucional e de funcionamento para o desenvolvimento dos sistemas econômicos nacionais, como o Brasil, por exemplo.
- Atração de investimentos estrangeiros, crescimento da economia, aumento do bem estar social etc.

O bem-estar social

Conceitos

Sob o prisma econômico

- É a somatória dos excedentes dos consumidores com os excedentes dos produtores;

Sob o prisma jurídico

- É o estado de satisfação das necessidades básicas de uma comunidade, sob a ordenação teleológica de uma ordem jurídica;

Premissas normativas da economia

- O processo constitutivo do direito deve se pautar por critérios de eficiência;
- As pessoas, em qualquer atividade, tentam maximizar sua utilidade ou bem-estar (satisfação);
- Os indivíduos reagem a estímulos;

O excedente do consumidor

Conceito, Ganho / preço de reserva

- É o ganho experimentado pelo consumidor em uma relação econômica qualquer;
 - Este ganho deve estar relacionado à sua expectativa inicial de perdas (gastos);
- É o “ganho interior” ao adquirir bens por preço inferior ao que estava disposto a pagar;
- O preço que o consumidor estava disposto a pagar é denominado “preço de reserva”;
- O excedente do consumidor representa também uma forma de incremento no seu bem-estar;

O excedente do produtor

Conceito

- É o ganho experimentado pelo produtor em uma relação econômica qualquer;
 - Este ganho deve estar relacionado à sua expectativa inicial de perdas (gastos);
 - Reflete a “mais valia” do ponto de vista do produtor;

Mercado

Conceito

- É o conjunto de instituições jurídicas que possibilita que os consumidores, ainda que de forma individual, somem suas preferências para “comunicar” aos produtores qual quantidade (e qualidade) de determinado bem ou serviço que a sociedade demanda;
- É um mecanismo “não-verbal” de coordenação das relações econômicas;

Mercado perfeitamente competitivo

Conceito

- É o ambiente em que a oferta e demanda interagem até que, em equilíbrio, a quantidade ofertada de um determinado bem ou serviço seja exatamente a quantidade de que a sociedade “precisa”, ao menor preço possível (igual aos custos marginais, isto é, logo antes da situação em que a firma “perca dinheiro” com cada unidade adicional a ser produzida);

Concorrência perfeita (*Conceito aplicado*)*

- A concorrência perfeita seria aquela em que, em um ambiente revestido por um *grande número de compradores e vendedores*:
 - i) todos os vendedores fazem produtos absolutamente homogêneos e assim os consumidores são indiferentes na escolha do vendedor, com a condição que todos os preços sejam iguais;
 - ii) cada vendedor no mercado é tão pequeno se comparado ao mercado como um todo, que o aumento ou diminuição de sua produção, ou até mesmo sua saída do mercado, não afetará as decisões dos outros vendedores naquele mercado;
 - iii) todos os recursos são completamente móveis (não afundados) ou de fácil realocação;
 - iv) todos os vendedores têm o mesmo acesso aos insumos (*inputs*) necessários;
 - v) todos os participantes do mercado têm bom conhecimento sobre preço, produção (*output*), e outras informações sobre o mercado;
 - vi) não há a presença de economias de escala e escopo significativas e também externalidades. Como regra geral, **quanto mais próximo um mercado está em preencher essas condições, mais competitivo é o seu desempenho.**

*Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Eficiências Econômicas (ótimo de Pareto)

Conceito

- Situação de equilíbrio / máximo aproveitamento dos recursos econômicos de uma sociedade:
 - (i) não ocorre excesso de demanda em nenhum dos mercados da economia;
 - (ii) os consumidores estejam maximizando suas satisfações; e
 - (iii) as firmas maximizando seus lucros;
 - (iv) todos os mercados da economia são perfeitamente competitivos

- Ótimo de Pareto: uma situação A é melhor do que uma situação B caso na primeira pelo menos um indivíduo tenha mais satisfação, aferida de acordo com seu próprio julgamento, do que na segunda. Isto sem que nenhum outro indivíduo possua uma satisfação menor em A do que em B.

Eficiências Econômicas (ótimo de Pareto)

*(Continuação)**

Eficiências ou condições marginais de Pareto:

- **Eficiência produtiva (ou dinâmica):** eficiência na alocação de recursos produtivos (ou de fatores de produção) entre firmas;
 - Produção com menor uso de recursos produtivos possíveis;
- **Eficiência distributiva (ou nas trocas):** como alocar um determinado conjunto de bens entre os membros da sociedade, tendo em vista proporcionar a cada um desses membros a maior satisfação (utilidade) possível;
- **Eficiência alocativa (ou estática):** eficiência na utilização dos insumos para cada nível de produto, equivalendo à melhor aplicação da tecnologia disponível e, portanto, decorre da inovação. Essa modalidade de análise econômica permite que sempre sejam avaliados os benefícios aos consumidores. Veja-se inclusive que essa premissa é válida independentemente de o agente ser monopolista ou sujeito à competição.

*Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Ótimo de Pareto e Desenvolvimento Econômico

- Uma distribuição de bens ou direitos eficiente (no sentido do ótimo de Pareto) pode não levar em conta aspectos cruciais distributivos (justiça e isonomia) (Amartya Sen);
- Nessas situações, não estaríamos diante de um resultado eficiente, mas ao contrário, de um resultado ineficiente do ponto de vista do bem-estar social (sob o prisma econômico-jurídico);
- Toda vez que certa distribuição de bens ou direitos é ineficiente (no sentido de Pareto), **o mercado falha** na sua mais importante função: determinar quanto deve ser produzido de determinado bem e quais consumidores ficarão com os bens produzidos;
- Quando determinada alocação de bens ou direitos é ineficiente, teremos um caso de excesso (as expensas da escassez de outro bem) ou escassez (tendo como resultado a sobre-oferta) de determinado bem. Toda vez que isso ocorre, há uma perda de riquezas (desperdício de recursos) por parte da sociedade;

Teoria da Regulação Econômica

Introdução

- Nas vezes em que “o mercado falha”, é necessário que o Estado intervenha, afim de induzir a consecução do bem-estar social;
- É justamente para neutralizar as “falhas de mercado” que estruturou-se a denominada teoria da regulação econômica;

2º Módulo – Teoria da Regulação Econômica,
Concepção contemporânea de Estado Regulador
v. Estado de bem-estar, falhas de mercado.

Regulação Econômica e a Concepção de Estado Regulador

- Mercado: crescentes alterações nas relações entre os agentes econômicos;
- Estado: vem perdendo a eficácia de atuação no controle e supervisão da economia conforme o modelo tradicional:
 - enquanto agente econômico direto e desatento ao arranjo de incentivos ocasionados por suas ações na sociedade;
- Desafio: converter o direito em instrumental para a distribuição ótima de incentivos além de prescritor de padrões de comportamentos para a comunidade;
 - Normatização geral e abstrata → implementação de políticas públicas;

Origem histórica da mudança nas concepções de Estado

- Movimento do “*deregulation*” nos EUA (década de 1980);
 - Redução da intervenção do Estado em alguns setores da economia e fortalecimento da atividade regulatória noutros setores da economia (Hovenkamp, 1999);
 - Representou tendência inexorável em âmbito mundial (Fiani, 2000);
- Reação ao aumento de concorrência em monopólios anteriormente protegidos (*v.g.*, petróleo, gás, energia), sofisticação e aumento da complexidade das relações entre os agentes econômicos nos âmbitos nacionais e internacionais (Vogel, 1996);

Função do direito-positivo

- Deixa de regular apenas situações estruturais, *i.e.*, deixa de agir de forma programada e atenta apenas ao plano estático (normas gerais e abstratas);
 - Normatizar de forma geral e abstrata as condutas dos indivíduos;
- Passa a regular situações conjunturais, *i.e.*, passa a agir de forma programada e atenta ao plano dinâmico (normas gerais e abstratas com cálculos de distribuição de incentivos);
 - Normatizar de forma geral e abstrata as condutas dos indivíduos e atuar na conjuntura econômica visando a consecução de bem-estar econômico e social;

O Estado e suas funções

- Mediação e controle de fluxo de conflitos / interesses entre agentes econômicos;
- Indução, normatização e regulação (Dupas, 1999);
 - Deixar de intervir como agente econômico e atuar como distribuidor de incentivos;
 - Como autor indireto no cenário econômico: fiscaliza, media conflitos, aplica diretrizes relativas a políticas públicas, consecução de metas de cunho social;
- Catalizador interno das mudanças advindas das relações internacionais de integração e globalização;

O Estado e sua estrutura

- A “máquina-pública” deve ser eficiente, “enxuta” (conter custos reduzidos) e alcançar os resultados que lhes são programados pela Constituição e pelas Leis;
- As instituições públicas devem cumprir o seu papel e oferecer segurança jurídica aos agentes econômicos;
 - As regras do jogo devem ser conhecida previamente por todos e ser respeitadas, sobretudo pelos agentes públicos;
- A estrutura estatal deve se moldar aos fenômenos nacionais e internacionais do mercado, de modo a poder regulá-los efetivamente e não apenas editar normas com reduzido potencial de efetividade, sempre tendo em vista o bem-estar social;

O Estado e sua estrutura

- O Estado que se consolida com vistas a atender as novas exigências do mercado mundial deve se estruturar na forma de uma rede de instituições (Castells, 1999);
 - Estado-rede: caracteriza-se por partilhar a autoridade, *i.e.*, capacidade institucional decisória, ao longo de uma rede de instituições (nacionais e supra-nacionais).
- A rede de instituições, dotadas de capacidade decisória, seria distribuída e contextualizada em cada setor relevante da economia nacional, agindo de modo especializado e conjunto, numa “rede”, cuja origem e interesses finais apresentam pontos em comum (Castells, 1999);

O Estado Regulador

- É representado por um modelo policêntrico e horizontal de atuação, sem se descaracterizar o Estado de Direito e o princípio da separação dos Poderes (Campilongo, 2000);

O Estado Regulador

- “As competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal - da separação dos Poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos.” (Aragão, 2000)

Principais objetivos do Estado Regulador

- Estabelecimento de regras efetivas;
- Viabilização de pressão competitiva nos serviços públicos;
- Aumento da participação do cidadão na gestão estatal mediante, *v.g.*, o estabelecimento de parcerias, abertura e transparência da ação estatal;
- Criar burocracias eficientes;
 - Fonte: WB, 1997

Principais objetivos do Estado Regulador

- *“There is a growing recognition of the importance of competition for the success of market economies, and of the need for government action, both to maintain competition and regulate industries where competition remains limited.” (Stiglitz, 1999)*

Principais objetivos do Estado Regulador

Visão Macro

- Estabelecimento de regras efetivas;
- Viabilização de pressão competitiva nos serviços públicos;
- Aumento da participação do cidadão na gestão estatal mediante, *v.g.*, o estabelecimento de parcerias, abertura e transparência da ação estatal;
- Criar burocracias eficientes;
 - Fonte: World Bank (WB), 1997

Principais objetivos do Estado Regulador

Visão Micro

- Viabilizar a concorrência nos setores da economia sujeitos à transição de situações de monopólio à competição (v.g., com as privatizações);
- Regular setores acometidos por falhas em suas estruturas de mercado, de modo a limitar o exercício do poder econômico neles presente e controlar seus reflexos em mercados congêneres e/ou correlatos;
- Proporcionar a consecução de objetivos de ordem social pautados em políticas públicas, não atingidos / atingíveis pelo simples estabelecimento de um regime concorrencial;
 - Em síntese: consignar um equilíbrio de mercado e/ou uma distribuição de incentivos para alcançar benesses sociais à comunidade.

Regulação geral *v.* Regulação setorial

- Regulação geral: atividade de fiscalização e policiamento geral da economia e de bens jurídicos ligados ao bem estar social, como o antitruste (defesa da livre concorrência) e a defesa do consumidor;
- Regulação setorial: atividade voltada a estabelecer o equilíbrio em alguns setores da economia, como a regulação das telecomunicações, a regulação da energia, a regulação dos combustíveis etc.;
- Perspectiva bidimensional da regulação com dois planos (geral e setorial) que se entrecruzam (Azevedo Marques Neto, 2000);
- A regulação geral (defesa da concorrência e defesa do consumidor) perpassa todos os segmentos da ordem econômica, sujeitos ou não à regulação específica, ou setorializada.

Regulação geral *v.* Regulação setorial

- Regulação setorial:

- interesses sociais na atividade econômica (melhoria da qualidade de produtos, diminuição de riscos à saúde dos consumidores);
- interesses nacionais em regradar o uso de bem escasso;
- interesses de políticas públicas em calibrar a competição num dado setor da economia;
- Interesses sociais em distribuir incentivos para a ampliação da cobertura de serviços públicos;

- Regulação geral:

- Interesses gerais, constitucionalmente consagrados, que permeiam toda a atividade de intervenção do Estado na economia;

- Regulação setorial e geral não se confundem e não se excluem, interpenetram-se e calibram todos os setores da economia.

Regulação geral

- Suficiente para proporcionar o equilíbrio para mercados que não possuam “falhas”;
 - A regulação setorial é justificada apenas quando o segmento de mercado apresenta falhas (WB 2000);
- Não havendo falhas, o segmento econômico pode atingir o equilíbrio pelo aumento da livre concorrência;
 - A concorrência no mercado pode resultar melhores preços e maior qualidade aos produtos e serviços, maior evolução tecnológica, maiores padrões de eficiência econômica como um todo;
- Proteger a competição é uma estratégia para se atingir a eficiência econômica no mercado (Viscusi, Vernon, Harrington Jr., 1997).

Regulação geral

Proteger livre competição

- Inibir o controle de preços por agente monopolista, por oligopólio ou tipo similar de concentração industrial, de modo a obstar que se propaguem perdas de eficiência econômica e de bem-estar social;
 - Inibir redução de qualidade e diversidade de bens ofertados no mercado;
 - Ampliar a possibilidade de escolha dos consumidores;
 - Manter e ampliar fluxo de inovação e desenvolvimento tecnológico no mercado (melhores produtos / serviços a menores preços).
- Livre concorrência → eficiência econômica → bem-estar social

Regulação setorial

Ajuste de falhas de mercado

- Apenas livre concorrência não resulta eficiência econômica;
- É necessário um ajuste de incentivos através de ações regulatórias estatais específicas para um setor específico da economia complementado, por vezes, por uma proteção à livre concorrência para se obter eficiência econômica;
- É recomendada, por exemplo, para situações de monopólios naturais, elevada intensidade de assimetrias de informação e elevada intensidade de externalidades negativas;
 - Regulação setorial → eficiência econômica → bem-estar social

Regulação setorial

Ajuste de falhas de mercado

- “**Monopólios naturais** são estruturas industriais caracterizadas pela presença de economias de escala a tal ponto significativas em relação ao tamanho do mercado que este comporta apenas um pequeno número de plantas de escala mínima eficiente (com custo mínimo de longo prazo); no limite, uma única.” (Possas *et. al.*, 2001);
- Monopólios naturais não são eternos e cedem espaço à livre concorrência em razão da evolução tecnológica que viabilizam o surgimento de alternativas à demanda em respectivos mercados (v.g., telecomunicações, energia elétrica e serviços postais);

Regulação setorial

Ajuste de falhas de mercado

- **Assimetria de informação** é uma situação na qual os agentes econômicos envolvidos em uma transação têm informações diferentes, como é o caso do vendedor de motocicletas que tem informações mais detalhadas a respeito da qualidade destas do que o provável comprador, ou do empregado que sabe mais a respeito de suas habilidades do que seu empregador.

Regulação setorial

Ajuste de falhas de mercado / Assimetria de Informação

- Pode ser caracterizada como *ex-ante*, ou pré-contratual, e *ex-post*, ou pós-contratual.
- Pode gerar o risco moral (*moral hazard*)
- seleção adversa
- imperfeição do mercado
- Inexistência do mercado;
- Possui fortes implicações na distribuição de incentivos entre os agentes econômicos e, conseqüentemente, no desequilíbrio do mercado.

Regulação setorial

Ajuste de falhas de mercado

- **Externalidade** é o efeito de uma ação, relação ou fato que não decorre da vontade dos agentes econômicos diretamente envolvidos para atingir outros agentes econômicos;
- As externalidades podem ser positivas (v.g., empresa de segurança privada) ou negativas (v.g., poluição decorrente de atividade empresarial);
- As externalidades negativas podem caracterizar falhas de mercado e necessitar de medidas de regulação para serem internalizadas ou evitadas.

Regulação setorial

Ajuste de falhas de mercado / Externalidades

- **Externalidades negativas** são efeitos não desejados decorrentes de relações entre agentes econômicos ou de desacertos legislativos (na distribuição de incentivos no mercado) que ocasionam desequilíbrio no mercado;

Regulação setorial

Mecanismos básicos de regulação

- **Regulação de preços: limitação à liberdade do agente econômico em fixar seus preços**
 - *Price cap (fixação de margem de liberdade para precificação, preço máximo, preço mínimo, preço médio etc.)*
 - *RPI - Retorno sobre investimento (privatizações, investimento em infra-estrutura e retorno a longo prazo)*
 - *Benchmark regulation (modelo referencial para ajuste nos preços reais)*
 - *Yardstick comparison (reajuste tarifário advém da comparação entre performance de concessionárias situadas em diferentes áreas geográficas).*

- **Regulação de quantidade: limitação à liberdade de produzir e ofertar do agente econômico**
 - Quantidades máximas e/ou mínimas de produção de bens / serviços;
 - Quantidades máximas e/ou mínimas de oferta de bens / serviços;
 - Criação de condições à ampliação da produção e oferta de bens / serviços no mercado (v.g, Gás Liquefeito de Petróleo e Botijões P13).

- **Regulação de entrada e saída: limitação da liberdade de acesso de agente econômico do mercado**
 - Vedação da entrada/saída
 - Condicionamento da entrada/saída à conquista de metas ou ao tamanho da população atendida etc.;
 - É uma forma de controlar a quantidade de agentes no mercado.

Regulação: objetivos econômicos *v.* objetivos sociais

- Nem sempre o bem-estar social é atingido por intermédio da regulação econômica, geral e/ou setorial, *i.e.*, por vezes, é necessário se implementar mecanismos de regulação visando objetivos de ordem social para que se atinja o bem-estar social;
- Há vezes em que a eficiência econômica resulta bem-estar social, porém, há vezes em que esse raciocínio não procede;
- Há setores que não devem ser submetidos ao regime privado de livre concorrência, dado que isso geraria (ou teria razoáveis riscos de gerar) mais perdas do que ganhos em termos de bem-estar social, como é o caso da segurança pública, emissão de moeda dentre, educação, saúde, dentre outros.

3º Módulo – Direito Antitruste, conceitos básicos, concentrações econômicas, como é estruturado o sistema de controle de concentrações empresariais no Brasil (órgãos responsáveis, os critérios de incidência da lei, os diversos tipos de procedimento existentes, exemplos de casos concretos).

Direito Antitruste

*Panorama geral**

- É uma espécie de regulação geral
 - o direito da concorrência corresponde a um conjunto de regras relacionadas ao combate de acordos que restringem a concorrência, o abuso de posição dominante, e as tentativas de se criar posição dominante por meio de concentrações.
- Edifica-se com base na política antitruste
 - ela procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em favor da coletividade

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Panorama geral (continuação)**

- Expressa-se de duas formas: preventiva, ou sobre as estruturas, e repressiva, sobre as condutas
 - Sobre estruturas: predomina na perspectiva *ex-ante* e se volta a controlar as estruturas para o futuro nos mercados;
 - No controle de estruturas possui propósitos semelhantes à regulação setorial, embora sejam distintos;
 - Sobre condutas: predomina na perspectiva *ex-post* e se volta a analisar condutas que restrinjam a livre concorrência e/ou a concorrência justa (“*fair play*”);

- É também uma forma de regular fluxo de incentivos em um sistema econômico.

*Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Breve histórico**

- Canadá, em 1889, editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade* (“Ato para a prevenção e supressão das combinações formadas em restrição ao comércio”. Tradução livre do original.), cuja finalidade era atacar os problemas de arranjo na combinação em restringir o comércio para fixar preços ou restringir a produção (cartéis), que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá.

*Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Breve histórico (continuação)**

- EUA, onde a concentração de capital se desenvolveu rapidamente. Considerando este problema surgiu o *Sherman Act*, em 1890 - a primeira lei antitruste norte-americana -, numa tentativa de coibir os problemas relacionados ao abuso de poder econômico.
- o *Sherman Act* tornou-se o núcleo de toda a atividade antitruste nos EUA e serviu como base para a legislação de outros países, como a do próprio Brasil.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Casos Paradigmáticos**

- No caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, a corte distinguiu entre a restrição do comércio “nua”, onde rivais diretos simplesmente acordavam em restringir a produção e aumentar o preço, e a restrição razoável, que criava obstáculos de maneira ancilar a uma prática comercial aceitável, por exemplo, para expandir a produção ou introduzir um produto que nenhum produtor sozinho conseguia oferecer.
- Os argumentos de que a fixação de preços pelos concorrentes, chamada de cartelização razoável, era benigna, foram rejeitados pelos juízes.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Casos Paradigmáticos (continuação)**

- No *Standard Oil Co. v. United States* (1911), a Suprema Corte proveu diretamente a questão de firma dominante conduzir mercados. Neste caso, a *Standard Oil* chegou a dominar 90% das refinarias norte-americanas, e assim a Corte adotou o modelo no qual 90% das quotas de produção de refinaria seria prova suficiente de monopólio.
- Para efetuar essa análise a Corte estabeleceu a "regra da razão" como o método básico para a análise antitruste. Por meio desse modelo clássico, os juízes avaliariam a base das condutas caso-por-caso. Não obstante, os comportamentos especialmente perigosos ainda deveriam ser condenados por contornos transparentes e regras per se. A corte passou a classificar alguns comportamentos como excludentes sem razão.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Casos Paradigmáticos (continuação)**

- Apesar de o caso *Standard Oil* ser o mais conhecido sobre monopolização, outro caso no qual a Suprema Corte impôs limite significativo às firmas dominantes foi o *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* (1912).
- Neste caso a corte proibiu várias ferrovias de usarem o seu controle, para discriminar seus concorrentes, por conta da facilidade de seus terminais no cruzamento principal do Rio Mississippi, em Saint Louis.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Casos Paradigmáticos (continuação)**

- Estes casos inspiraram a promulgação, em 1914, do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission (FTC) Act*. O primeiro reduziu a discricionariedade judicial proibindo algumas uniões arranjadas, como os acordos exclusivos, a fixação de preços e outras variáveis concorrenciais, e concentrações obtidas pela compra de fundos.
- O *FTC Act* finalizou o *executive branch's public enforcement monopoly* (formação de um corpo administrativo para construção de uma política antitruste).

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil**

- No Brasil, a Constituição Federal de 1934 trazia em seu artigo 115 as primeiras preocupações relativas à liberdade econômica. Entretanto, não houve neste período promulgação de lei destinada a regular a competição no mercado, com a exceção do Código de Propriedade Industrial, o qual apontava elementos destinados a evitar a vantagem competitiva.

Art. 115: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses ditames, é garantida a liberdade econômica.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- Em 1945 surgiu a primeira lei brasileira de orientação antitruste, cujo autor era o então Ministro do Trabalho, Agamennon Magalhães.
- Conhecida como Lei Malaia, o Decreto-Lei n.º 7.666, criava a Comissão de Defesa Econômica e dava poderes ao Governo para expropriar qualquer organização que possuísse negócios que lesassem o interesse nacional, mencionando, de forma específica, as empresas nacionais e estrangeiras vinculadas aos trustes e cartéis.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- O presidente Getúlio Vargas, que assinou a Lei Malalaia, foi deposto por um golpe de Estado, e poucos dias depois, em 9 de novembro de 1945, o presidente provisório José Linhares desfez o seu ato.
- A repressão ao abuso de poder econômico foi trazida pela primeira vez de forma expressa na Constituição Federal de 1946. O seu art. 148 assim dispôs:
- Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- A repressão ao abuso de poder econômico foi trazida pela primeira vez de forma expressa na Constituição Federal de 1946. O seu art. 148 assim dispôs:
 - Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- É importante mencionar a Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que embora alterasse os dispositivos da legislação vigente, sobre crimes contra a economia popular, continha uma série de dispositivos basicamente de antitruste, como ficou claramente disposto em seu art. 3º, III.
 - O art. 3º, III condena o acordo entre empresas com o fim de impedir ou dificultar, para efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- Não houve nenhum diploma legal que regulamentasse a repressão ao abuso de poder econômico, conforme previa o art. 148 da Constituição Federal, até a promulgação da Lei n.º 4.137 de 10 de dezembro de 1962, que teve origem no projeto 122, de 1948, de autoria do Deputado Agamennon Magalhães.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- O art. 8º de referida Lei criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. O art. 2º da Lei nº 4.137 considerava abuso do poder econômico as seguintes práticas, na medida em que pudessem produzir os seguintes resultados: a) domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência; b) elevação sem justa causa dos preços, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros, sem aumentar a produção; c) condições monopolísticas ou abuso da posição dominante, com o fim de promover a elevação temporária dos preços; d) formação de grupo econômico.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- Não foi significativo o número de averiguações preliminares que se fez proceder durante a vigência da Lei n.º 4.137/62, uma vez que até 1975, apenas onze processos foram julgados pelo CADE.
- Nas palavras de Bandeira, naquele período: “[...] o CADE, em todos os seus anos de existência sempre se caracterizou pela inoperância, jamais tomando qualquer atitude para coibir os abusos do poder econômico, que lhe chegaram ao conhecimento”. (Bandeira, 1979)

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- Em 1991, o novo governo promulgou a Lei n.º 8.158, prevendo uma abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia.
- Pretendia-se com este novo diploma dar maior celeridade ao procedimento administrativo e à apuração das práticas de violação à ordem econômica, com a criação da SNDE (Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, depois denominada SDE/MJ – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça). Não houve revogação da Lei n.º 4.137/62, e o CADE passou a funcionar junto à SNDE.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- Finalmente, surgiu a Lei n.º 8.884 de 1994, que sistematizou a matéria antitruste, de forma a aperfeiçoar seu tratamento legislativo, transformando o CADE em autarquia federal.
- O artigo 20 caracteriza os atos considerados como contrários à ordem econômica, que são aqueles que tenham por objeto, produzam ou possam produzir, os seguintes efeitos: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; ou exercer de forma abusiva posição dominante.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*No Brasil (continuação)**

- Importa frisar que o sistema de tutela da livre concorrência adotado pela Lei n.º 8.884/94 possui um duplo enfoque de atuação, qual seja, o controle de estruturas e o controle de condutas anticoncorrenciais, preponderando neste último plano o combate aos cartéis.
- O sistema da lei brasileira é um sistema híbrido, que aproveita o europeu no que concerne à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta quanto a tradição norte-americana na tipificação dos atos. (Forgioni, 1998)

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

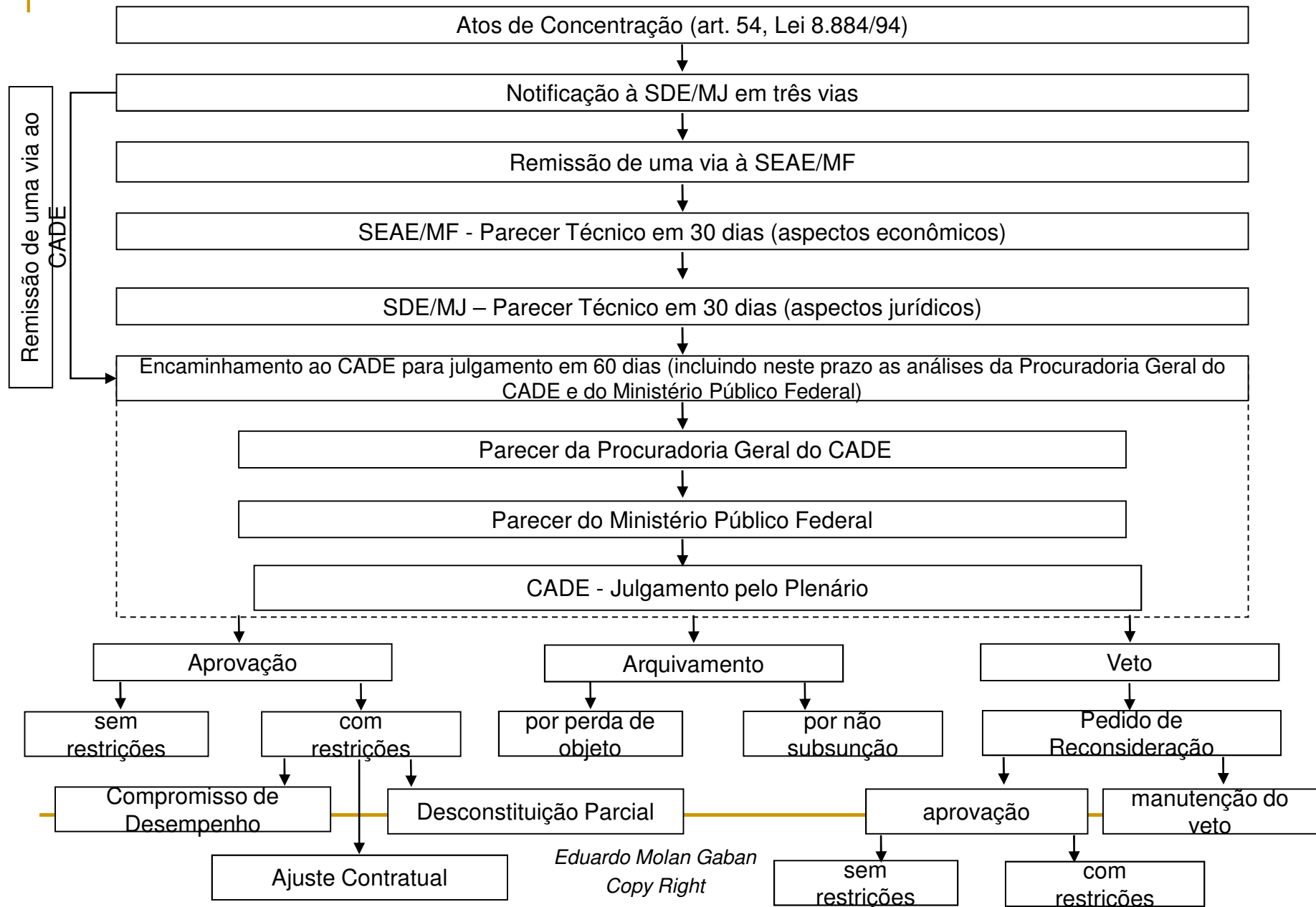
Direito Antitruste

*Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)**

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)
 - Procuradoria Geral do CADE (ProCADE)
- Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE)
 - Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE)
- Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)
- Ministério Público Federal (MPF) com assento no CADE

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste / Estruturas no SBDC



4º Módulo – Direito Antitruste, controle de condutas anticoncorrenciais, principais conceitos, principais tipos de práticas anticompetitivas, órgãos responsáveis, critérios de incidência da lei, diversos tipos de procedimentos existentes, exemplos de casos concretos.

Direito Antitruste

Controle de condutas no Brasil (Lei 8.884/94)

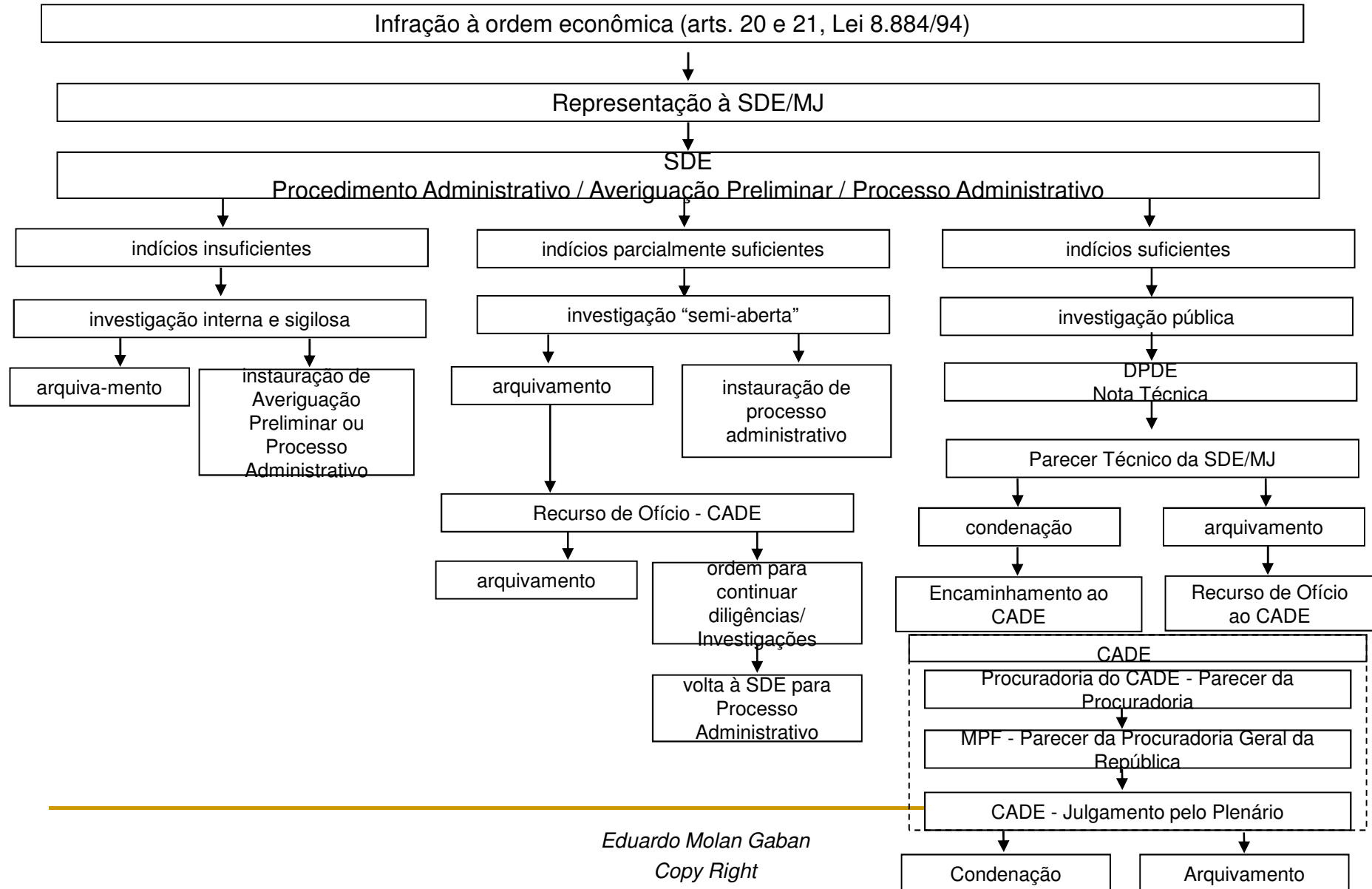
- Art. 20: Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
 - I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
 - II – dominar mercado relevante de bens ou de serviços;
 - III – aumentar arbitrariamente os lucros;
 - IV – exercer de forma abusiva posição dominante.
 - [...]
- § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial do mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ela relativa.
- § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Direito Antitruste

Controle de condutas no Brasil (lei 8.884/94)

- Art. 21: As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
- I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados, ou semi-acabados ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- [...]
- VIII – combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- [...]
- X – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- [...]
- XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.
- Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:
- [...]
- IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Direito Antitruste/Controle de Condutas no SBDC



Direito Antitruste

*Considerações sobre os enfoques estrutural e comportamental**

- Brasil: os comportamentos anticoncorrenciais compõem, ao lado do controle das estruturas, o sistema de proteção concorrencial.
- Por meio da aplicação concomitante de ambos subsistemas – estrutural e comportamental – é que se dá a eficácia plena da proteção concorrencial.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

Considerações sobre os enfoques estrutural e comportamental(cont.)

- De outro lado, em decorrência da ausência de estruturas regulatórias/fiscalizatórias ótimas por parte do Estado, notadamente no aspecto informacional relativo à realidade dos *players* cujas condutas são objetos de obrigações compromissórias (*i.e.* assimetria de informação na relação Estado – agentes regulados), a solução comportamental pode se mostrar demasiadamente custosa e muitas vezes ineficaz, porquanto é necessário se saber grande parte das variáveis que compõe as estratégias competitiva/empresarial dos agentes econômicos para fixar-lhes obrigações eficazes.

Direito Antitruste

*Considerações sobre os enfoques estrutural e comportamental(cont.)**

- Observa-se que a análise das estruturas tem ligação com as regras de razoabilidade econômica, enquanto que o controle das condutas surgiu por meio das regras *per se*. Ressalte-se que foi a necessidade de interação com a disciplina das estruturas que em muitos casos levou à aplicação na análise das condutas dos critérios de razoabilidade. (Salomão Filho, 2003)

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Juízo Lógico: Possibilidade, Probabilidade**

- Conceitos da microeconomia são adotados (pela Lei n. 8.884/94) para conferir aplicabilidade aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência;
- A interação entre os princípios, por meio de instrumental exógeno ao mundo do direito, ocorre no processo de interação valorativa voltado à confecção da norma de decisão;

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Dinâmica da relação entre os princípios**

- Poder de mercado:
 - Há: os agentes econômicos podem sofrer investigação;
 - Não há: nem sequer investigação podem sofrer os agentes econômicos;
 - Ex: acordo entre “pipoqueiros da esquina”
 - Apesar de sujeitar à possível investigação, não sujeita, *per se*, à condenação ou restrição da liberdade;
 - Condenação / restrição da liberdade: somente após processamento de investigação, provas (para condenação) ou evidências empíricas / probabilísticas / razoáveis (para restrição de liberdade).

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Dinâmica da relação entre os princípios (cont.)**

- Poder de mercado:
 - Não há: vetor valorativo que deve reger a abordagem jurídica da situação é o princípio da livre iniciativa, pelo qual se presume a liberdade dos agentes de mercado;
 - Há: cabe à autoridade antitruste, fundamentadamente, num exercício de juízo dedutivo (com base nas provas) e abduutivo / indutivo (com base na identificação de possibilidades e probabilidades) limitar a ação comportamental dos agentes investigados;
 - Limitação da liberdade: pode se dar de duas formas: (a) condenação mediante a comprovação do envolvimento do agente privado na prática ilícita investigada, ou (b) pela fixação de obrigações de não fazer (ou de restrição à liberdade de iniciativa do agente), mediante a demonstração do potencial de prejuízos à livre concorrência advindos da prática investigada;

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Dinâmica da relação entre os princípios (cont.)**

- Por que não se pode condenar com base na aferição de possibilidade e probabilidade de geração de efeitos maléficos à livre concorrência?
 - Norma de decisão: modalização deôntica subjacente, é ajustada pelo princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5., LVII, da CF/88):
 - “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”
 - STF: princípio se estende a qualquer instância / esfera de atuação do Estado (judicial e administrativa) e deve pressupor regular procedimento com devido processo legal, contraditório e ampla defesa.
 - Princípio do *in dubio pro reu* tem função complementar de orientar interpretação (modulação dos princípios constitucionais) e aplicação da lei em caso de dúvidas insanáveis.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Direito Antitruste

*Dinâmica da relação entre os princípios (cont.)**

- Interesse Público: não preconiza a “punição a qualquer preço”;
- O ônus da prova incumbe à Administração (autora do procedimento investigatório), sobretudo nos processos de caráter sancionatório;
 - Compete ao acusador demonstrar, cabalmente, a culpa do acusado;
- Jurisprudência administrativa: deve haver certeza quanto à materialidade da infração e nexo com relação à autoria.

* Elaborado com base em GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição.

Obrigado!

- emgaban@gmail.com