

CALIXTO SALOMÃO FILHO é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP e Professor do Institut d'Études Politiques Science Po, de Paris.

É Livre-docente pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Università degli Studi La Sapienza, Pós-Doutorado no Max Planck Institut Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht e na Universidade Yale.

É autor das seguintes obras, todas publicadas pela Malheiros Editores:

- *Regulação e Desenvolvimento* (Org.), em colaboração, 2012;
- *O Novo Direito Societário* (4ª ed., 2011);
- *Regulação da Atividade Econômica* (2ª ed., 2008);
- *Direito Concorrencial – As Condutas* (1ª ed., 2ª tir., 2007);
- *Direito Concorrencial – As Estruturas* (3ª ed., 2007);
- *Regulação e Desenvolvimento* (Coord.) (1ª ed., 2002, esg.);
- *A Sociedade Unipessoal* (1995, esg.)

CALIXTO SALOMÃO FILHO

**DIREITO
CONCORRENCIAL**

Gustavo Henrique Carneiro de Camargo Kastrop
180 - XII

amplitude de interpretação por parte do CADE foi reduzida, mas não desapareceu. De um lado, a ausência de dispositivo similar ao art. 54 da revogada Lei 8.884/1994 limita a atuação discricionária do CADE em relação à presença de circunstâncias justificadoras. Ocorre que permanece na nova lei o dispositivo que permite admitir concentrações que tenham a presença “alternativa” das circunstâncias justificadoras (aumento de produtividade, melhora de qualidade ou eficiência e desenvolvimento tecnológico – art. 88, § 6º, I, da Lei 12.529/2011). O que deixa de poder ser dispensado é a repartição com os consumidores dos benefícios decorrentes da concentração. Essa é uma boa novidade, pois, como essa repartição de benefícios só é possível se houver concorrência que imponha ao agente econômico reparti-los com o consumidor, significa, na prática, que, além dessas justificativas (alternativas), não será possível admitir a eliminação substancial da concorrência. A questão é que também aqui o texto legislativo parece adotar posição de compromisso com a lei anterior. O requisito da repartição equitativa previsto no texto antigo (art. 54, § 1º, II, da Lei 8.884/1994) transformou-se em repasse de “parte relevantes dos benefícios” (art. 88, § 6º, II, da Lei 12.529/2011). A amplitude da expressão “parte relevante” aparentemente amplia as possibilidades de interpretação do dispositivo pelo CADE. Ocorre que tal interpretação tem de ser necessariamente sistemática e teleológica. Assim sendo, e tendo em vista a necessidade de ter em conta, para tal interpretação, a regra constitucional que prevê a necessidade de reprimir atos que possam levar à dominação dos mercados e à eliminação da

que orientam a definição dos conceitos contidos em cada justificativa. Ainda que “juridicamente indeterminados”, alguns deles (como a eficiência, por exemplo) são economicamente determinados, pelo menos em linhas gerais. A indeterminação fica por conta da inclusão do referido conceito em uma regra da razão mais ampla (art. 54, § 1º, da antiga lei concorrencial; art. 88, § 6º, da Lei 12.529/2011) e da possibilidade então prevista no revogado art. 54, § 2º, de dispensar um dos requisitos para a aprovação da concentração, “quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”. Note-se que aí a discricionariedade administrativa sofria, ainda, uma segunda limitação, consistente na obrigatória vinculação aos fins da aplicação da norma. A avaliação de razoabilidade da concentração com base nos critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º do revogado art. 54 encontra seu limite no necessário objetivo de proteção do sistema concorrencial (existência da concorrência efetiva ou ao menos potencial) e defesa do consumidor. Esse último objetivo vinha, de resto, expresso na própria parte final do revogado art. 54, § 2º, que previa a desconsideração de um dos incisos do § 1º em presença de uma das supramencionadas justificativas, “desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”. O primeiro objetivo, de observância tão obrigatória quanto o último, decorre, como já visto no Capítulo 1, da interpretação sistemática da lei e dos princípios constitucionais em matéria concorrencial.

concorrência (art. 173, § 4º, da CF) não parece viável entender que seja possível ao CADE admitir concentração que permita a eliminação de parte substancial da concorrência.

Nos tópicos seguintes procurar-se-á verificar que significado e importância relativa devem ser atribuídos a cada um dos componentes da ampla regra da razão prevista no art. 88 da Lei 12.529/2011. Sua separação corresponde à própria lógica concorrencial. Em primeiro lugar, é preciso verificar a efetiva existência de eliminação substancial da concorrência (art. 88, § 5º), de forma a tornar ilícito o poder no mercado. A seguir, é preciso determinar as justificativas capazes de fazer com que mesmo uma situação de poder no mercado se torne admissível.

3. Eliminação substancial da concorrência: seus critérios de avaliação

3.1 A participação no mercado como critério de sancionamento

Essa é a terceira utilização diversa da expressão “participação no mercado” no presente trabalho. Em uma primeira oportunidade foi demonstrada a impossibilidade de utilizar a participação no mercado pura e simplesmente, isto é, sem preocupação teórica com a correta definição do mercado relevante como instrumento de mensuração do poder. Sucessivamente, foi demonstrado como a participação no mercado pode servir para *identificar* o poder no mercado, uma vez definido o mercado relevante. Finalmente, é chegada a hora de verificar se e como a participação no mercado pode ser utilizada como critério para o sancionamento do poder no mercado, isto é, que grau de participação no mercado relevante pode ser considerado ilícito, e em que condições.

A resposta da doutrina é um sonoro *non liquet*. Na doutrina econômica reina absoluta divergência a respeito dos níveis de concentração que podem ser considerados críticos. Estudos empíricos realizados nos Estados Unidos, baseados em dados agregados de um grande número de indústrias, sugeriram graus de concentração em mercados formados por quatro empresas variando entre 51% e 80%.¹¹ Estudo similar, baseado

11. São esses os principais trabalhos e as principais porcentagens por eles encontradas: L. White, “Searching for the critical industries concentration ratio: an application of the ‘switching of regimes technique’”, in S. Goldfeld e R. Quandt, *Studies in Non-Linear Estimation*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1976 (57%); S. Rhoades e J. Cleaver, “The nature of the concentration price/cost margin relationship for 352 manufacturing industries”, *Southern Economic Journal*

em uma estrutura de mercado com duas empresas, sugeriu um grau mínimo de 35%.¹² Finalmente, estudo limitado ao setor dos distribuidores de alimentos sugeriu um grau crítico de concentração para quatro empresas, já na faixa dos 40%.¹³ A única conclusão possível é, portanto, que os resultados são inconclusivos. No máximo, o que se pode fazer é tirar certas conclusões a partir da análise dos extremos. Assim, em mercados formados por quatro empresas, graus de concentração inferiores a 55% muito pouco provavelmente levam a uma restrição "significativa" da competição. Ao contrário, graus superiores a 75%-80% contêm boa probabilidade de produzir esse efeito.¹⁴

A grande maioria dos casos, que se encontra entre esse dois patamares, não tem resposta conveniente em campo econômico. Para sua conveniente análise é necessário relacionar as participações a cada específica estrutura de mercado. É o que se fará a seguir.

3.2 O nível de concentração

Dado estrutural fundamental para avaliar a relevância e o perigo representado por determinada participação de um agente econômico é o grau de concentração de cada indústria específica.

Apesar da persistência do debate doutrinário a respeito da questão, parece ser possível afirmar que o tratamento de um ato de concentração entre empresas em um mercado altamente concentrado deve ser substancialmente diferente do tratamento dado ao mesmo ato em um mercado atomizado.¹⁵ O que ocorre é que no mercado concentrado a união entre empresas pode ser necessária à sobrevivência econômica da empresa, e

40/90 (1973) (51%); G. Stigler, *The Organization of Industry*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1968, p. 59 (80%).

12. J. Kwoka, "The effect of market share distribution on industry performance", *The Review of Economics and Statistics* 61/107 (1979).

13. B. Marion, W. Mueller, R. Cotterill, F. Geithman e J. Schmelzer, "The profit and price performance of leading food chains: 1970-1974", *Joint Economic Committee Print*, 95º Congresso, 1ª Sessão, 1977.

14. Cf. P. Areeda e D. Turner, *Antitrust Law*, vol. IV, Boston/Toronto, Little, Brown and Co., 1980, p. 59.

15. V., afirmando que o grau de concentração do mercado não representa diferença significativa a ponto de exigir tratamento diferenciado, P. Areeda e D. Turner, *Antitrust Law*, cit., vol. IV, pp. 73-74. Em sentido contrário R. Bork (*The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, 2ª ed., New York, The Free Press, 1993, pp. 181 e ss.), afirmando a existência de substancial diferença entre os mercados em que há monopólio e aqueles em que há oligopólio.

não um ato tendente a criar poder no mercado. Nesses casos o aumento do poder da nova empresa que se forma pode servir como contrapeso ao poder do outro participante ou dos outros participantes e tornar o mercado mais competitivo.

Não é preciso muito esforço para perceber que o que se está propondo é, no limite, uma comparação entre a situação de monopólio e uma situação de oligopólio. Tomando-se o caso extremo, pode-se perguntar que vantagem existe em permitir que várias empresas se unam em um mercado caracterizado pela predominância de uma empresa monopolista (como visto acima, a situação de monopólio também ocorre quando uma empresa é largamente majoritária e as demais são pequenas a ponto de não poder influenciar os preços). Nesse caso, a concentração entre empresas pode criar — ainda raciocinando no limite — uma situação de duopólio.

É necessário, então, comparar o monopólio ao duopólio. Há várias evidências empíricas de que a introdução de um concorrente de peso em um mercado monopolizado aumenta substancialmente a competição. A tendência é de queda nos preços e de melhoria da qualidade de ambos os produtos.¹⁶

Como toda evidência empírica, essa também pode ser contestada por outros dados empíricos, não despidos de fundamento teórico. Afirma-se, como já visto, que o duopólio tende naturalmente ao acerto de posições e ao acordo entre os agentes, dividindo o mercado e/ou fixando os preços.¹⁷

As teorias do monopólio e do oligopólio já foram estudadas anteriormente. Da comparação das duas, o mínimo que se pode dizer é que, tratando-se de oligopólio, o comportamento dos agentes é incerto;

16. R. Bork cita alguns interessantes exemplos tirados da jurisprudência americana. Em *United States vs. United Shoe Machinery* (110 F. Supp. 295, 325 D. Mass 1953) a Corte reconheceu que naqueles mercados em que a ré, monopolista em muitas regiões dos Estados Unidos, encontrava forte concorrência da empresa *Campor Shoe Machinery Corp.* sua rentabilidade se reduzia em dois terços. Também em *Telex Corp. vs. International Business Machines Corp.* (367 F. Supp. 258, N. D. Okla, 1973) demonstrou-se que quando a *Telex* entrou no mercado a *IBM* promoveu substancial redução de preços em seus equipamentos. Cita, ainda, o exemplo das três grandes redes de televisão norte-americanas, entre as quais não há qualquer vestígio de comportamento paralelo e concertado, mas, sim, ferrenha competição (*The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., pp. 182-183).

17. Cf. D. Turner, "The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal", *Harvard Law Review* 75/655, 1962.

enquanto no monopólio, previsível. Se é verdade, portanto, que não é possível ter realmente certeza se entre os oligopolistas se estabelecerá acirrada competição, por outro lado, também não é possível ter certeza de que entre eles haverá ajuste de preços. No monopólio, ao contrário, a racionalidade monopolística permite ao menos presumir o comportamento no sentido de aumentar os preços.

Há, aliás, outros elementos empíricos a sugerir que no oligopólio a coordenação de preços não é tão fácil e natural. Em primeiro lugar, o próprio fato de ser frequente a ocorrência de acordos de preços explícitos entre oligopolistas sugere que a simples existência do oligopólio não é suficiente para assegurar a coordenação de posições.¹⁸ Mais que isso. Sendo forçados à colusão quando querem abusar de sua situação de poder, os oligopolistas se expõem. A fiscalização dos comportamentos é, assim, muito mais fácil nos oligopólios que nos monopólios. O que se pode dizer em conclusão é que nesse tipo de situação o controle estrutural deve ser direcionado menos a impedir a integração entre as empresas e muito mais a criar formas eficazes de acompanhamento do comportamento posterior dos agentes. Como se verá, a lei antiga continha instrumento bastante eficaz para tal. Tratava-se do compromisso de desempenho (art. 58).¹⁹ Na nova lei (Lei 12.529/2011) resultado semelhante pode ser obtido através dos chamados acordos em atos de concentração previstos no art. 9º, V. Na realidade, dada a redação ampla do dispositivo, deve-se e pode-se entender que o conteúdo do acordo vá muito além de regras de desempenho (relacionadas a condutas concorrenciais). Pode incluir redefinições estruturais, com as partes comprometendo-se a reconfigurar o ato de concentração para garantir a inexistência de dominação. Para tanto, um preparo das autoridades concorrenciais para

18. Cf., nesse sentido, R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., p. 183.

19. Ainda que a nova lei concorrenciais (Lei 12.529/2011) tenha deixado de ter previsão expressa permitindo o compromisso de desempenho, não parece desarrazoado sustentar que ele seja ainda possível por decisão única e exclusiva do CADE, independentemente de acordo com os envolvidos (acordo em ato de concentração). Isso porque o art. 88, § 6º, continua a prever, com redação idêntica ao dispositivo correspondente da lei anterior, que “os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: (...)”. Não há por que impedir que o CADE estabeleça, na decisão que autorizar a concentração, condições e garantias para a obtenção desses objetivos econômicos (justificativas) que permitiram aprovar a concentração. Ora, isso seria, em substância, em tudo equivalente ao antigo compromisso de desempenho, qualquer que seja o nome ou título que lhe seja, de ora em diante, atribuído (condições de aprovação do ato de concentração, ou algo semelhante).

negociar tais acordos de forma incisiva, mostrando às partes as possíveis consequências de sua não formulação, será essencial para o sucesso na aplicação do dispositivo.

Diferente é a questão quando não se trata de comparar o monopólio com o oligopólio, mas, sim, duas situações de oligopólio. É o que mais frequentemente acontece. Imagine-se uma indústria dominada por quatro grandes oligopolistas e em que as demais firmas são atomizadas e operam em regime de concorrência. Pergunta-se: é razoável permitir uma concentração entre elas, de modo a fazer face ao poder das demais? Argumento favorável poderia ser o de que um número maior de participantes do oligopólio torna mais difícil a colusão. A troca interna de informações e a comparação de preços e quantidade produzida são mais demoradas e mais arriscadas. Esse argumento, no entanto, obviamente, não se sustenta. Ele seria razoável apenas caso se tratasse de analisar a viabilidade de vários atos de concentração conjuntamente. Não assim na análise de um caso singular, em que, evidentemente, uma empresa a mais com poder não diminui expressivamente a probabilidade de colusão. Parece, portanto, de fundamental importância a análise dos graus de concentração acima mencionados. Uma concentração que reforça a participação global da firma oligopolista no mercado tem grande probabilidade de constituir restrição significativa à concorrência caso ultrapasse os níveis críticos acima especificados.

Nesses dois primeiros casos – concentração tendente a formar oligopólio em um mercado monopolizado e concentração tendente a reforçar uma situação de oligopólio já existente –, cuja análise é, como visto, fundamentalmente diferente, tem relevância direta a presença, ou não, de elementos estruturais do mercado que podem dificultar a colusão. São eles, basicamente, a heterogeneidade dos produtos e a diferença de estrutura de custos entre as várias empresas. Eles serão analisados em conjunto no item seguinte.

Ainda neste item é necessário mencionar uma terceira situação, também substancialmente diversa das duas primeiras. Trata-se do mercado atomizado, não concentrado, em situação próxima da concorrência perfeita, em que duas empresas pretendem concentrar-se ou cooperar para aumentar seu poder no mercado. Nesse caso, como visto quando da análise da teoria dos monopólios, fundamental para avaliar o risco da situação que se estabelecerá após a concentração (ou cooperação) é determinar a probabilidade de entrada de novas firmas ou aumento de produção das já existentes, de modo a suprir a necessária – segundo a racionalidade monopolística – redução da produção do agente que adquire

poder monopolista. Imprescindível, nesse caso, é a análise do terceiro dos elementos necessários para determinar se existe, ou não, restrição substancial à concorrência: as barreiras à entrada. São elas o fator-chave para avaliar os riscos da concentração ou cooperação econômica, sobretudo nesse último tipo de estrutura industrial.

3.3 A natureza dos produtos e a estrutura de custos

Fator bastante descuidado na análise do poder no mercado é a questão da natureza do produto. Trata-se, no entanto, de ponto bastante importante, sobretudo na avaliação dos oligopólios. Ao contrário do que originariamente se supunha, hoje considera-se a heterogeneidade dos produtos, antes que uma consequência natural da estrutura oligopolista, fator que dificulta substancialmente o comportamento paralelo entre os agentes econômicos. Isso porque, para que determinado acordo entre os produtores efetivamente aumente o poder do mercado do grupo como um todo, é necessário que os participantes atuem paralelamente não apenas no sentido de igualar os preços, mas também no sentido de padronizar o produto.²⁰

Tipicamente em um mercado em que os bens são perfeitamente substituíveis, a ordem natural das coisas cuida da padronização. O acordo entre os oligopolistas pode, então, limitar-se à fixação dos preços. Inversamente, quanto mais heterogêneos forem os produtos,²¹ mais complexo deve ser o acordo, e menos provável seu cumprimento. Portanto, é mais provável que os oligopolistas, caso queiram realmente aumentar seu poder no mercado, sejam obrigados a partir para uma padronização de condições de venda e produção bastante explícita, de fácil fiscalização e sancionamento.

Outro aspecto que dificulta em muito o comportamento paralelo dos oligopolistas é a existência de diferenças importantes nas estruturas de custos dos agentes econômicos. O motivo para isso é bastante simples.

20. V., para a demonstração dessa hipótese em termos econômicos, F. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Chicago, Rand McNally, 1970, pp. 186-192.

21. A heterogeneidade pode decorrer tanto da natureza dos produtos quanto das necessidades dos consumidores. O exemplo mais evidente desse último caso é o de produtos complexos, feitos sob encomenda. Para esses casos, afirma F. Scherer: "When two orders are never exactly alike or when there is a freeway for deviations from the buyer's product specification in hundreds of particulars, tacit coordination on joint profit maximizing strategies becomes virtually impossible to achieve" (*Industrial Market Structure and Economic Performance*, cit., p. 187).

Em presença de diferentes estruturas de custos, o ponto de equilíbrio dos agentes econômicos em que cada um deles maximiza receita é diverso. Consequentemente, é mais difícil chegar a um acordo quanto a um preço comum.²² Tanto maior será a dificuldade quanto mais elevada for a disparidade de preços entre os agentes econômicos. Mas não é só. Quanto maior for a diferença de custos entre os agentes, mais relevante será, provavelmente, a diferença de participação no mercado entre os oligopolistas. O oligopolista mais eficiente — isto é, que opera a custos mais reduzidos — tem a tendência a aumentar sua participação no mercado. Portanto, na maioria das situações em que a estrutura de custos é bastante diversa não se verificará o oligopólio. Naqueles casos particulares em que ambos conviverem, ela será indício da instabilidade de acordos tácitos de preços.

O mesmo, ainda que com menor ênfase, pode-se dizer de um setor caracterizado por altos custos fixos. Em presença de altos custos fixos, mais difícil é manter uma disciplina de preços, sobretudo em presença de uma demanda decrescente. Pressionados pela necessidade de cobrir os custos fixos, maior tendência têm os oligopolistas a desrespeitar qualquer acordo tácito de preços.

Em conclusão, pode-se dizer que as características estruturais do mercado discutidas neste item são importantes coadjuvantes na análise de integração (concentração ou cooperação) entre empresas em mercados oligopolizados. Obviamente, não permitem, sozinhas, descrever a restrição como *substancial*. Auxiliam, porém, bastante a análise daqueles casos em que os demais elementos não permitem uma definição positiva.

3.4 As barreiras à entrada

Para um observador descuidado, o estudo em separado das barreiras à entrada pode parecer repetitivo. Aparentemente, sua análise já deveria estar incluída na própria definição do mercado. Como visto, essa definição já pressupõe a discussão do problema da substituição da oferta, ou seja, da potencial entrada de novos produtores no mercado.

Há, no entanto, fundamental diferença de perspectiva entre a análise da substituição da oferta e a análise das barreiras à entrada. Lá, o que se estuda é a viabilidade de substituição do ponto de vista dos novos concorrentes. Diferencia-se, portanto, entre capacidade em uso e

22. Cf. P. Areeda e D. Turner, *Antitrust Law*, cit., vol. IV, cit., p. 93.

capacidade ociosa, para verificar quanto da produção é provável que o concorrente possa redirecionar para o novo mercado. O estudo é, portanto, dos *limites internos* à entrada de novos concorrentes (através da substituição de produção). Esse estudo é instrumental à definição dos *critérios de identificação* do poder no mercado. Essa perspectiva não é suficiente, no entanto, quando se trata de *sancionar* determinada posição de poder (*já identificada*). Nesse caso, é necessário verificar se aquela concentração, ou, então, a conquista de uma posição de poder através de determinado comportamento, não criará novas e especiais *barreiras artificiais* à entrada de concorrentes ou não se beneficiará de *barreiras naturais* já existentes.

Há, portanto, uma razão lógica para a análise em separado das barreiras à entrada. Muitas delas decorrem exatamente da formação dessas posições de poder. São logicamente posteriores, e não concomitantes, à sua identificação. Como se verá, as posições de poder muitas vezes acabam por moldar a própria estrutura do mercado, criando, voluntária ou involuntariamente, barreiras à entrada de novos concorrentes.

A razão para o tratamento em separado das barreiras à entrada é, portanto, quase intuitiva. Os *limites à entrada* levados em consideração quando da definição do mercado focalizam uma situação momentânea. Eles permitem avaliar o provável comportamento de produtores existentes no mercado e que tenham capacidade de alterar sua linha de produção em função de um aumento de preços no momento em que o mercado está sendo definido. Já, as *barreiras à entrada* devem permitir verificar que efeitos futuros a situação criada em função da concentração terá sobre os concorrentes e (indiretamente) sobre os consumidores. Por isso, essas últimas (*barreiras*), ao contrário daqueles (os *limites*), são critérios de sancionamento, e não de identificação.

Essa última observação põe em destaque a questão relevante para o ordenamento jurídico. Trata-se do efeito direto e poderoso das barreiras à entrada sobre ambos os interesses protegidos pelo direito concorrencial (existência de concorrência e bem-estar dos consumidores). Em primeiro lugar, em presença dessas barreiras diminui-se a possibilidade efetiva de concorrência. O agente com poder no mercado cria para si um mercado cativo, impenetrável. Mais que uma restrição à liberdade de concorrência, há, nesses casos, uma restrição à liberdade de iniciativa, objeto de tutela primária do direito concorrencial brasileiro (art. 1º da Lei 12.529/2011).

Por outro lado, inexistente a possibilidade de entrada de concorrentes, o agente econômico pode exercer livremente seu poder monopolista

sobre os consumidores. Eficazes essas barreiras, é possível aumentar livremente o preço. Não há sequer incentivo para divisão com os consumidores de qualquer ganho adicional de eficiência.

As barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados. Por esses motivos, elas são elemento fundamental a ser levado em conta na aplicação dos arts. 36, II, e 88, § 6º, da lei concorrencial brasileira. Especificamente com relação à concentração empresarial, o desrespeito aos interesses acima mencionados (concorrentes e consumidores) impede a verificação das causas justificadoras das posições de poder no mercado mencionadas respectivamente no § 5º do art. 88 e no inciso II do § 6º do art. 88. Com efeito, existentes barreiras à entrada, há eliminação da concorrência de parte substancial do mercado (art. 88, § 5º). Todos os concorrentes que ainda não estão no mercado estarão automaticamente eliminados do processo competitivo. Toda a concorrência potencial está excluída.

Por outro lado, o poder sobre os consumidores que essas barreiras ajudam a criar torna extremamente improvável que o produtor venha a repartir qualquer ganho de eficiência com o consumidor. Sem a pressão constante, representada pela possível entrada de novos concorrentes, o agente econômico está livre para abusar em relação aos preços. Pode-se presumir (presunção simples), portanto, que a condição do inciso II do § 6º do art. 88 também não será satisfeita.

Não só no direito interno as barreiras à entrada são ilícitas. Também no incipiente direito concorrencial comunitário. Isso porque elas representam o mais fundamental obstáculo ao estabelecimento de condições equânimes de concorrência. Pressuposto para a livre circulação de capitais e fatores de produção é a liberdade de acesso ao mercado de empresas de todos os Estados-membros. No Mercosul duas são as regras a tutelar a liberdade de acesso e, conseqüentemente, a sancionar as barreiras à entrada. Em primeiro lugar, o próprio art. 1º do Tratado de Assunção, que prevê a eliminação imediata de todas as barreiras alfandegárias e *não alfandegárias* à circulação de bens e fatores de produção. Como parte do Tratado, esse dispositivo pode ser considerado integrante do direito concorrencial interno brasileiro e diretamente aplicável a todas aquelas situações que apresentem relevância comunitária.²³ Além disso, o Protocolo

23. É discutível a possibilidade de atribuição de efeito direto a regras sobre circulação de fatores de produção. O art. 5º, "d", do Tratado, ao prever a necessidade de acordos setoriais para otimizar a utilização e a mobilidade dos fatores de produção, parece indicar em sentido contrário. É, no entanto, bastante razoável considerar

de Fortaleza, já ratificado por Brasil e Paraguai, estabelece um controle de condutas anticoncorrenciais que coloca a criação de barreiras à entrada no centro das preocupações (art. 4º): “os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante”. Tendo sido convertido em norma interna pelo Decreto 3.602, de 18.9.2000, o Protocolo passou a integrar com plena eficácia o direito concorrencial brasileiro.

Identificados os fundamentos da inclusão das barreiras à entrada entre os critérios de sancionamento do poder no mercado, deve-se tentar determinar seu conteúdo. Dois tipos de barreiras devem ser, então, analisados. Em primeiro lugar, as chamadas barreiras naturais, decorrentes da própria conformação do mercado e do tamanho relativo de seus participantes. O segundo tipo, que é o que mais preocupa, é o das barreiras artificiais. São elas aquelas barreiras criadas por comportamentos ou omissões dos agentes econômicos que tentam, com isso, criar um mercado cativo.

No primeiro grupo incluem-se vários tipos de barreiras. As mais comumente citadas são a existência de grandes vantagens de escala, a diferenciação entre produtos, o grande investimento inicial de capital necessário e os chamados custos irrecuperáveis (*sunk costs*). Analisemo-las uma a uma.

A primeira delas é decorrência direta da existência de firmas de certo porte no mercado, com produção suficiente para lhes permitir uma participação relevante. As economias de escala então criadas representam uma barreira natural à entrada de concorrentes de menor porte. Os custos das empresas estabelecidas e que gozam de economias de escala são, obviamente, muito menores que os custos de produção de eventuais entrantes que pretendam produzir em pequena escala. Obviamente, punir tal tipo de estrutura implicaria o sancionamento *per se* de empresas de grande porte em muitos mercados que requerem a escala para a produção eficiente e o investimento em tecnologia. Trata-se, aqui, tipicamente, daquela errônea compreensão da defesa da concorrência como forma

que tal norma não é aplicável ao direito concorrencial, já que com relação a ele é inimaginável a adoção de acordos setoriais. Parece muito mais razoável pensar que, ao prever essa regra, o legislador comunitário tinha em mente aquelas obrigações burocráticas impostas pelas leis dos Estados-membros para o estabelecimento de empresas (v., a respeito, J. Samtleben e C. Salomão Filho, “O mercado comum sul-americano – Uma análise jurídica do Mercosul”, in J. Grandino Rodas, *Contratos Internacionais*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 271).

de tratamento privilegiado às empresas de pequeno e médio portes (em detrimento dos interesses dos consumidores) mencionada no Capítulo III da Parte I (subitem I.1). As vantagens de escala não são barreiras hábeis a levar à dominação dos mercados, pois representam potencial benefício para os consumidores. Proibir ou sancionar de qualquer forma as vantagens de escala seria condenar irremediavelmente o bom desempenho econômico, em detrimento dos consumidores.

A segunda barreira mencionada deve ter tratamento absolutamente idêntico à primeira. Obviamente, não se pode sancionar uma estrutura simplesmente porque produz grande diferenciação entre produtos.²⁴ O argumento de que essa necessidade de constante diferenciação impediria empresas de pequena proporção de entrar no mercado decorre da mesma confusão conceitual mencionada no parágrafo anterior. Está, portanto, sujeito a idênticas críticas.

A terceira barreira é o investimento de capital inicial necessário. Essa talvez seja a barreira mais importante, pois envolve a questão central de discussão quando se trata de barreiras à entrada. Trata-se do problema relativo ao mercado financeiro e de capitais. Evidentemente que, presumindo o total acesso ao mercado financeiro e de capitais, o grande investimento inicial requerido para a entrada em certo tipo de mercado não constitui real obstáculo. O problema é saber se é possível presumir tal acesso. Nesse particular o Brasil tem evoluído muito nos últimos anos. A expansão do sistema financeiro nesse particular é bastante positiva. Seu efeito é aproximar o País de uma situação em que é possível presumir a plena suficiência do capital de empréstimo.

Não se deve, no entanto, confundir a suficiência com a viabilidade dos empréstimos. Evidentemente que, em uma economia de juros altos, um empréstimo, para ser viável, requer um grau de retorno muito mais elevado. Esse é um fator que dificulta, mas não impede, a entrada no mercado. Tudo depende do risco que o empreendedor está disposto a correr. Note-se, além disso, que não se trata de barreira decorrente da estrutura do mercado, mas, sim, das condições econômicas conjunturais. Não deve, portanto, ser combatida através do direito antitruste, mas, sim, de instrumentos de política econômica.

24. A teoria da diferenciação entre produtos como barreira à entrada foi elaborada originariamente para a indústria automobilística. Argumentava-se que a mudança anual de linhas de produção requer firmas de tal dimensão, que as existentes adquirirem uma proteção artificial à entrada de concorrentes (v. H. Snell, “Annual style change in the automobile industry as an unfair method of competition”, *Yale Law Journal* 80/567, 1971).

Barreira estrutural à entrada que deve — essa, sim — ser objeto de preocupação do direito antitruste são os chamados custos irrecuperáveis (*sunk costs*). Como destaca a doutrina, a probabilidade do investimento é função tanto do montante necessário para entrar em determinado negócio quanto do valor que pode ser recuperado ao sair.²⁵ Evidentemente, um empresário prudente, ao avaliar os riscos de um empreendimento, verificará que montante de seu investimento é possível recuperar (através de venda dos ativos) caso resolva mudar de ramo ou simplesmente abandonar aquela atividade.

Tipicamente, instalações industriais que não podem ser utilizadas para outros fins que não a fabricação de determinado produto são *sunk costs*. Caso o empreendimento seja malsucedido, é muito improvável que o empresário possa recuperar parte relevante do investimento naquela determinada máquina ou equipamento, já que terceiros estarão dispostos a pagar valor muito inferior ao de seu custo menos a natural depreciação. Isso porque, caso o insucesso seja devido a problemas de mercado, não haverá interesse na compra do equipamento. De um lado, há pouco incentivo para a entrada em tal tipo de mercado (em crise) e, de outro, o equipamento não é conversível para outra atividade.

Outros investimentos tipicamente irrecuperáveis são os investimentos em publicidade. Quanto mais alto for o investimento em publicidade necessário para entrar em determinado mercado, maior risco envolve o investimento para o empresário.

Pode-se concluir que, ainda que um alto investimento inicial não seja suficiente para constituir substancial barreira à entrada do ponto de vista do sistema antitruste, se a ele se aliar uma grande proporção de investimentos irrecuperáveis que devem ser arcados pelo empresário, a probabilidade de entrada se torna muito mais remota. Pode-se, então, afirmar que existe uma barreira natural à entrada.

A existência desse tipo de barreira pode constituir relevante obstáculo à aprovação de concentrações. Para isso é necessário demonstrar que a concentração provocará acréscimo substancial do poder do agente econômico em relação aos demais agentes, o que, aliado à existência de barreiras à entrada, implica probabilidade concreta de dominação dos mercados em função da concentração.

25. Cf. P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law — An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, vol. II-A, Boston/New York/Toronto/London, Little, Brown and Co., 1995, p. 65.

É preciso, agora, analisar o segundo tipo de barreira. As chamadas barreiras artificiais, isto é, aquelas criadas pelos agentes econômicos para impedir a entrada de seus concorrentes. São elas, basicamente, de dois tipos.

O primeiro é aquele comportamento tendente a dificultar o acesso do concorrente aos fornecedores ou aos canais de distribuição. Isso se faz, basicamente, a partir da já mencionada integração vertical, através da qual o agente econômico adquire um dos seus fornecedores ou distribuidores. Com isso abre-se para ele a possibilidade de se utilizar dessa posição para dificultar o acesso do concorrente às fontes de insumo e distribuição. Ao fazê-lo, aumenta proibitivamente o investimento necessário para a entrada no mercado, pois para ter chances de sucesso é necessário que o concorrente entre em ambos os mercados (isto é, produção e fornecimento de determinado bem ou, então, produção de insumos e fabricação do bem final).

A lei brasileira reage a tal forma de barreira artificial de duas maneiras diferentes. Em primeiro lugar, a própria concentração vertical, caso implique participação relevante no mercado dos fornecedores ou distribuidores, necessariamente levará à dominação do mercado, por conter em si a possibilidade de eliminação de parte substancial da concorrência no mercado de bens e serviços (art. 88, § 5º). Como tal, deverá ser proibida. Mas, ainda que a concentração seja aprovada, ou porque não há demonstração segura desse resultado, ou porque os requisitos dos incisos do § 6º do art. 88 foram cumpridos, qualquer comportamento posterior do grupo econômico integrado verticalmente direcionado no sentido de negar acesso dos concorrentes às fontes de insumo e distribuição constituirá ilícito concorrencial (art. 36, § 3º, V).

A segunda barreira artificial à entrada criada pelo comportamento dos agentes consiste na possibilidade de influenciar o gosto dos consumidores. A questão central é saber até que ponto os gostos dos consumidores podem ser formados e fixados através de campanhas publicitárias. A utilização de dois termos — “formados” e “fixados” — não é supérflua, nem repetitiva. Indica exatamente o aspecto da publicidade que pode constituir uma barreira à entrada — a permanência das preferências mesmo após o fim da campanha publicitária. Esse é, na verdade, o único aspecto da publicidade que preocupa. A publicidade é, via de regra, benéfica para o sistema concorrencial, na medida em que, sendo verídica e não predatória, constitui importante fonte de informação para o consumidor. A influência momentânea da publicidade sobre os gostos dos consumidores nada tem de mal; ao contrário, é um estímulo à

concorrência. A possibilidade de real sucesso de vendas através de uma campanha publicitária bem feita estimula a entrada dos agentes econômicos no mercado.

O problema é que a propaganda, quando maciça, é capaz de influenciar a tal ponto os gostos dos consumidores que mesmo após seu término aquela preferência criada e agora fixada se torna uma necessidade para o consumidor. A regulamentação desse problema não cabe, no entanto, em primeira linha, ao direito concorrencial. Isso porque o interesse do consumidor está envolvido diretamente, e não por via indireta através da tutela da concorrência. Tampouco poder-se-ia limitar essa tutela àqueles casos em que o produtor tem poder no mercado, mesmo admitindo-se ser, nesse caso, mais provável a ocorrência dos abusos. Trata-se, portanto, de problema diretamente do direito do consumidor.²⁶

26. Já é longa a discussão na doutrina alemã a respeito da conveniência de distinguir entre publicidade "informativa" e publicidade "sugestiva". Publicidade sugestiva é aquela através da qual as preferências dos consumidores são inconscientemente influenciadas, diminuindo a transparência do mercado e tornando mais difícil uma escolha racional por parte dos consumidores. Essa distinção foi feita pela *Monopolkommission* alemã, que concluiu que, por esse motivo, a publicidade sugestiva deveria ser proibida ("sei aus grundsätzlichen ordnungspolitischen Überlegungen abzulehnen") (v. decisão cit. in E. Hoppmann, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1988, p. 370).

Essa distinção é muito criticada. A primeira linha de crítica, pouco convincente, baseia-se no chamado comportamento racional do consumidor. Segundo seus defensores (v. E. Hoppmann, ob. e loc. cit.), a propaganda não deve causar preocupação, pois mesmo que seu conteúdo seja meramente sugestivo é possível e provável que o consumidor procure informar-se a respeito do produto antes de comprá-lo. É inegável que, analisada do ponto de vista do "consumidor racional", o perigo representado pela publicidade é muito pequeno. Um processo de escolha racional inclui um elemento inicial de "sugestão", que corresponde à descoberta de um novo produto pelo consumidor. Nesse momento há um forte elemento emocional que pode ser facilmente aproveitado pela publicidade sugestiva. O momento seguinte é, no entanto, o da informação, no qual o consumidor procura informar-se a respeito do produto antes descoberto, eliminando qualquer inconveniente provocado pela publicidade sugestiva.

O problema está em imputar tal racionalidade ao comportamento dos consumidores. Em função da importância que os meios de comunicação, sobretudo a televisão, têm no panorama sociocultural brasileiro, parece difícil aceitá-la. É absolutamente irreal supor que consumidores quase analfabetos, em distantes e isoladas regiões do País, ficando sujeitos a uma propaganda sugestiva, possam procurar informar-se antes de comprar o produto. O mesmo se aplica ao consumidor situado na favela de uma grande cidade.

A distinção em propaganda "sugestiva" e propaganda "informativa" tem, portanto, utilidade prática. O problema é como distinguir entre ambas. A grande maioria

Ao direito antitruste interessam apenas aqueles casos em que comprovadamente a publicidade é utilizada para barrar o acesso do concorrente ao mercado. A eles é aplicável a regra geral de ilicitude dos comportamentos limitadores da entrada de concorrentes (art. 36, § 3º, III, Lei 12.529/2011). Nesse caso tratar-se-á, porém, de hipótese de concorrência desleal, em que o comportamento do agente econômico é punível independentemente da existência, ou não, de poder no mercado. Não é, portanto, uma barreira estrutural, objeto específico do presente tópico.

3.5 O poder compensatório

A teoria do poder compensatório é econômica e intuitivamente muito simples. Existindo poder de ambos os lados do mercado, há uma tendência à compensação entre ambos, com benefícios para o consumidor final e para os próprios competidores. Não é possível a qualquer das partes cobrar preços supra ou infracompetitivos.²⁷

A utilização da teoria do poder compensatório deve, no entanto, ser cuidadosa. Diferente deve ser sua avaliação dependendo do lado do mercado que se procura estudar. Caso a integração econômica se dê no lado vendedor, e se procure justificá-la com base no poder dos compradores (monopsônio), a integração se destina à tutela dos interesses do produtor (vendedor). É ele que pode ser forçado a vender a preços infracompetitivos ao monopsonista, que, por sua vez, não os repassará ao consumidor. A coordenação ou concentração entre os produtores (vendedores) eliminaria esse risco.

das campanhas publicitárias contém certo grau de informação e de sugestão. Proibir a propaganda sugestiva implicaria negar o próprio conceito de propaganda.

Consequentemente, se algum limite deve ser estabelecido à publicidade, os critérios para sua identificação devem ser mais precisos. O legislador brasileiro valeu-se, no Código de Defesa do Consumidor, do conceito de *propaganda abusiva* (art. 37, § 2º). Nele inclui, com respeito ao assunto que aqui nos interessa, apenas a exploração da deficiência de julgamento da criança. É de se lamentar a omissão com relação à menor capacidade de julgamento das pessoas que não tiveram acesso à educação ou, mesmo, à alfabetização, similarmente sujeitas a alto grau de sugestão, sendo de se esperar que uma interpretação teleológica extensiva possa suprir essa lacuna.

27. V., para a formalização econômica do raciocínio e a demonstração do novo ponto de equilíbrio, R. Blair e J. Harrison, *Monopsony - Antitrust Law and Economics*, Princeton, Princeton University Press, 1993, pp. 109 e ss. A Suprema Corte americana em várias oportunidades reconheceu a utilidade do poder compensatório e admitiu concentrações que a ele levariam. V., nesse sentido: *Appalachian Coals vs. United States*, 288 U.S. 344 (1933); *Balmoral Cinema vs. Allied Artists Pictures Corp.*, 472 U.S. 284 (1985).

O problema é que, como destaca a doutrina econômica, a situação de monopólio bilateral cria um impasse que convida à integração vertical. Ou seja: havendo monopólio em ambos os lados do mercado, nenhum dos agentes econômicos pode impor seus preços a outros. Há o iminente risco de negociações prolongadas e até mesmo situações de impasse com relação aos preços. A tendência natural é, portanto, a colaboração entre comprador e vendedor, de modo a que ambos maximizem sua receita, às custas do consumidor final.²⁸ Frequentemente essa colaboração evolui para a própria integração. Aqui, portanto, mais uma vez, o problema estrutural se transforma em uma futurologia de comportamentos.

Três observações podem ajudar a esclarecer esse impasse. Em primeiro lugar, é preciso analisar o monopólio bilateral. A existência de grande número de vendedores face a face com um monopsonista cria para esse último a possibilidade de eliminar do mercado todos os vendedores inconvenientes, mantendo apenas, através da discriminação de preços, aquele que lhe parece mais dócil, ou seja, aquele com o qual já esteja ou venha a poder cooperar, ou até mesmo aquele que possa vir a adquirir. Assim, a alternativa ao monopólio bilateral (ou seja, o monopólio unilateral) não só põe em risco os produtores como, também, proporciona, exatamente como aquele, grande incentivo à integração vertical.

Exatamente por esse motivo – e essa é a segunda observação importante referida acima –, o risco de integração vertical não pode ser utilizado para renegar a defesa com base no poder compensatório. Exceção é, obviamente, feita aos casos em que já existe evidência de cooperação entre comprador e vendedor, que só poderá ser acirrada pela integração no plano horizontal. Inexistentes essas evidências, parece óbvio que o problema da possível futura integração vertical não pode e não deve ser antecipado e “tutelado” no momento da integração horizontal. Caso, por outro lado, evidências de cooperação entre comprador e vendedor estejam presentes, claramente o poder não pode ser entendido como compensatório, mas sim cumulativo, motivo pelo qual a defesa deve ser rejeitada.

Pode-se entender até mesmo, nesse tipo de caso, que o problema é mais grave, pois a concentração horizontal implica também reforço da integração vertical. Não existindo evidência dessa cooperação vertical, a maior probabilidade de sua ocorrência é motivo para fazer com que o

28. Cf. R. Blair e J. Harrison, *Monopsony – Antitrust Law and Economics*, cit., p. 117.

controle realizado permita, através dos compromissos de desempenho ou dos acordos em atos de concentração, maior acompanhamento do comportamento futuro dos agentes.

Finalmente, um terceiro e talvez ainda mais forte argumento a favor da teoria do poder compensatório encontra-se no equilíbrio jurídico por ele proporcionado. É possível, como ressalta a doutrina, identificar na linha de Edgeworth (e não necessariamente na integração vertical) a forma de solução do aparente impasse decorrente do poder bilateral. Essa linha de pontos, desenvolvida originariamente por Marshall, identifica a sequência de pontos em que se dá o chamado equilíbrio dinâmico, marcado por grande instabilidade externa dos elementos – no caso, decorrente do fato de que ambos os agentes têm poder no mercado.²⁹ Não existe, portanto, um único ponto de otimização de recursos para ambos em que o equilíbrio se dê. O equilíbrio envolve necessariamente perdas recíprocas e é, portanto, essencialmente dinâmico, podendo se dar com diferentes combinações de quantidade e preço e tendendo a ser modificado ao longo do tempo. O equilíbrio na linha de Edgeworth só se dará quando as partes compararem a perda que teriam ao aceitar a proposta da outra parte com a perda que teriam com a ruptura das negociações, aceitando a primeira para evitar a segunda.³⁰ Esse equilíbrio dinâmico pode proporcionar até certos prejuízos para as partes, mas tem efeitos extremamente benéficos para o consumidor. É, portanto, a consideração não exclusivamente do interesse das partes, mas primordialmente do interesse do consumidor, que transforma essa situação de equilíbrio econômico dinâmico – ou até desequilíbrio, caso se adote uma posição marginalista ortodoxa – em uma hipótese de equilíbrio jurídico. Pode-se concluir, portanto, afirmando que é o elemento jurídico de valoração de interesses, já mencionado (v. Parte I, Capítulo III, subitem 1.1), que permite transformar uma aparente situação de desequilíbrio em equilíbrio. A situação pode até ser interpretada como de desequilíbrio econômico, mas há o equilíbrio jurídico.

Diferente é a análise quando a teoria do poder compensatório é utilizada pelo comprador para justificar sua integração. Nesse caso, ao

29. A exposição da fundamentação teórica da linha de Edgeworth e sua aplicação às negociações contratuais deve-se no Brasil ao trabalho, pioneiro no campo do direito econômico, de W. Peluso Albino de Souza, *Apontamentos de Economia Aplicada ao Direito*, Belo Horizonte, Centro de Estudos Econômicos de Minas Gerais, 1954, pp. 176 e ss.

30. Cf. W. Peluso Albino de Souza, *Apontamentos de Economia Aplicada ao Direito*, cit., p. 176.

risco da integração vertical soma-se o risco da formação de oligopólio entre os vendedores. A hipótese imaginada é a do comprador de insumos ou do intermediário, que deve industrializá-los ou repassá-los ao consumidor ou, ainda, que se utiliza do insumo (v.g., máquina) para a fabricação de produto a ser colocado no mercado de consumo.³¹ Como visto, o oligopsonio traz consigo incentivo à oligopolização no mercado dos produtos finais (nesta Parte II, Capítulo I, subitem 4.3). A oligopolização desse mercado permite anular qualquer vantagem obtida em função da compensação do poder do produtor dos insumos. Nesse caso, portanto, a teoria do poder compensatório tem um efeito diverso. Não torna lícita a concentração, mas faz com que ela deva ser avaliada segundo seus efeitos potenciais no mercado dos produtos finais, e não no mercado dos insumos.

3.6 Conclusão: a importância relativa dos vários fatores

Nos itens anteriores enumeraram-se vários fatores que compõem a análise da relevância da limitação à concorrência. A questão que naturalmente se segue é a importância relativa a ser atribuída a cada um dos fatores. Qual é, afinal, a regra a definir se a limitação decorrente de determinado ato de concentração ou cooperação econômica é, ou não, substancial?

Evidentemente, não é possível formular uma regra geral de tal tipo. Só quando da aplicação dos critérios a cada caso concreto é possível

31. Tratando-se de compradores finais que adquirem a mercadoria para consumo aplica-se a lei concorrencial. O fundamento está naquela perspectiva dúplice, do consumidor e do concorrente, destinada a tutelar o sistema concorrencial. Um grupo de compradores finais organizados, por hipótese sob a forma de cooperativa, pode praticar ilícitos concorrenciais contra os produtores (abusando de seu poder econômico) ou contra outros consumidores que dela não fazem parte (atos tendentes à dominação do mercado). São, portanto, sujeitos ativos potenciais de ilícitos concorrenciais. Os interesses tutelados são, nesse caso, não só os dos produtores, mas de outros consumidores existentes ou potenciais, que em caso de poder no mercado abusivamente exercido podem ter seus legítimos interesses ameaçados. Note-se que a redação ampla do art. 31 da lei concorrencial permite sua inclusão entre os sujeitos ativos dos ilícitos concorrenciais. Mesmo na hipótese de controle exclusivamente estrutural da formação das posições de poder no mercado a referência do art. 90 da lei concorrencial exclusivamente a "empresas" não impede sua aplicação a pessoas físicas que se estão unindo para adquirir produtos (até porque nessa hipótese estarão exercendo atividade econômica, a eles se aplicando os arts. 968 e ss. do CC). Nessas hipóteses ocorrerá sempre cooperação econômica, e nunca concentração econômica (v. infra, subitem 4.4), aplicando-se o controle estrutural via art. 90, IV.

atribuir o correto valor a cada um deles. O que se pode fazer, em sede de conclusão, é, no máximo, tentar estabelecer padrões gerais de avaliação.

Como se viu, a avaliação da participação no mercado varia segundo cada estrutura específica. Se o setor for monopolista e a integração econômica (concentração ou cooperação) tender à formação de um oligopólio, a avaliação deve ser, basicamente, positiva.

Caso, no entanto, a integração reforce uma situação de oligopólio, maior importância e maior rigidez assume o critério da participação percentual. Nesse último caso, no entanto, pode levar a relaxar esse rigor a presença de fatores estruturais (heterogeneidade pronunciada entre produtos e estrutura diversa de custos) que tornem mais difícil o comportamento paralelo entre oligopolistas.

Tratando-se de mercado mais próximo da concorrência perfeita, a avaliação do valor da participação resultante da integração deve ser feita à luz das barreiras à entrada. As barreiras à entrada são, de resto, elemento-chave para avaliação de qualquer das situações aqui descritas. Talvez seja o único fator, de todos, cuja presença é apta, quase que por si só (desde que acompanhada pelo menos dos patamares mínimos de participação no mercado), a caracterizar a ilicitude. Isso porque, existentes as barreiras, toda a concorrência potencial está automaticamente eliminada. Substancial é, portanto, a limitação da concorrência.

O último fator levado em consideração é o chamado poder compensatório. Uma limitação não pode ser considerada substancial quando serve simplesmente para contrabalançar outra situação de concentração, existente do outro lado do mercado. Exceção é feita à hipótese em que a formação de poder por parte de compradores dos insumos aumenta a possibilidade de oligopolização do mercado de produtos finais. Nesse caso, o poder compensatório não serve como justificativa da concentração, mas leva apenas a deslocar a atenção do mercado de insumos para o mercado de produtos. A integração deve ser avaliada segundo seus efeitos sobre o último, não sobre o primeiro.

Finalmente, como critério geral aparece a tendencial preferência pela existência de vários agentes econômicos com poder relativo e eminentemente dependente do poder dos demais se comparado à predominância de um só agente econômico (monopólio). As razões para isso são a incerteza quanto ao comportamento oligopolístico comparada à previsibilidade do comportamento monopolístico e o fato de que o comportamento oligopolístico, mais que o monopolístico, permite o controle pelos critérios sancionatórios dos comportamentos.

Nesse sentido se verificou como, em ausência de indícios claros de que a colusão já existe ou virá a existir, e guardados os limites do razoável, é possível e aconselhável transformar o controle estrutural dos oligopólios em um controle comportamental. O acordo em atos de concentração (art. 9º, V) ou o estabelecimento de condicionantes para a aprovação da concentração (v. supra, subitem 3.2, nota 19) são instrumentos que servem basicamente a essa função. Permitem estabelecer padrões concretos, mais facilmente verificáveis, de comportamento para os oligopolistas. A eles se retornará no capítulo seguinte.

4. As justificativas para as restrições à concorrência

4.1 A eficiência

A eficiência é o princípio fundamental do direito antitruste na teoria neoclássica. Para os neoclássicos mais exaltados, mais que um dos elementos, a eficiência é o fator central a definir a licitude, ou não, do poder no mercado. Como se verá a seguir, a aplicação acrítica desse conceito pode levar a resultados economicamente indesejáveis e juridicamente insatisfatórios.

Na lei brasileira a eficiência assume também posição de destaque. Ela vem regulada em dois diferentes dispositivos. Quanto às situações de poder já existentes, prevê o art. 36, § 1º: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo”. A eficiência aparece aí como excludente absoluta da ilicitude. O poder no mercado, mesmo existente, é incapaz de caracterizar a figura ilícita da dominação dos mercados quando obtido em função de maior eficiência.

Mais abaixo a eficiência aparece como fundamento para a aprovação das concentrações de empresas. Ela está contida não apenas no art. 88, § 6º, I, “c”. Também a alínea “a”, que fala em “produtividade”, é, em última análise, como se verá, um dos componentes da eficiência (produtiva). No controle das concentrações a eficiência não é, no entanto, excludente absoluta de ilicitude. Devem estar presentes também outros fatores para que a concentração seja aprovada, que serão analisados nos tópicos subsequentes.

4.1.1 A noção neoclássica

A teoria neoclássica distingue entre dois tipos de eficiência: a eficiência alocativa e a eficiência produtiva.

A eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. Não se deve confundir a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza, que para os neoclássicos nada tem a ver com o direito antitruste.³² Para os neoclássicos, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.³³

A teoria econômica dos monopólios, desenvolvida acima (nesta Parte II, Capítulo I, subitem 1.1) indica que as situações de poder de mercado levam a ineficiências alocativas. Sobretudo a passagem de uma situação de concorrência para a situação em que uma firma tem grande poder no mercado gera uma redistribuição de recursos ineficiente (por isso o monopólio é denominado por muitos economistas *one shot affair*). Como visto, a diminuição da produção objetivando o aumento dos preços leva a uma redução do *consumer surplus*, pois certo número de consumidores deixará de consumir o produto. A perda de utilidade para esses consumidores, que deixam de consumir um produto do qual necessitam, representa o chamado *dead-weight loss*, ou ineficiência alocativa.

Dessa ineficiência, que a teoria econômica permite presumir ser consequência natural de qualquer situação de monopólio, deve-se subtrair um outro elemento: a chamada eficiência produtiva. Ao contrário da eficiência alocativa, que vê a questão do ponto de vista de mercado, a eficiência produtiva expressa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. É, portanto, um dado interno de cada empresa, representando o nível de dispêndio necessário para produzir determinado bem. Assim, enquanto a eficiência alocativa se traduz na curva de demanda pelo produto, a eficiência produtiva é representada pela curva dos custos. Ora, é também firme a crença na teoria econômica de que as dimensões econômicas induzem naturalmente reduções de custos através das chamadas economias de escala. O aumento da produção faz com que o custo unitário de cada produto se reduza. Isso porque os custos fixos das empresas precisam ser distribuídos por um número muito maior de

32. Afirma R. Bork, peremptoriamente: “Antitrust has a built-in preference for material prosperity, but it has nothing to say about the ways prosperity is distributed or used. Those are matters for other laws. Consumer welfare, as the term is used in antitrust, has no sumptuary or ethical component, but permits consumer to define by their expression of wants in the market place what things they regard as wealth” (*The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., p. 90).

33. Cf. R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., p. 91, nota.

produtos. Mas não só na produção direta há economia. Vários outros insumos necessários para a produção e comercialização do produto se tornam mais baratos. Assim, por exemplo, os custos do capital e os custos promocionais.³⁴

Ao produzir a custos mais reduzidos a empresa está também economizando recursos sociais, ou seja, permitindo que a economia de custos por ela realizada possa ser alocada de outra forma, em outras atividades necessárias ao preenchimento de alguma utilidade. É bom lembrar que para os neoclássicos pouco importa quem será o beneficiário dessa economia e, portanto, quem – produtores ou consumidores – poderá realocar os recursos mais eficientemente. Importante, apenas, é a existência e o montante da economia.

Do ponto de vista neoclássico, avaliar uma situação de poder no mercado resume-se, então, a determinar qual o aspecto que prevalece na formação dessa posição: a ineficiência alocativa ou a eficiência produtiva. A comparação quantitativa entre ambas não é nada fácil.

As tentativas nesse sentido chegam, geralmente, a resultados inconclusivos. Uma das mais conhecidas delas é o estudo de O. Williamson sobre o uso das economias de escala como uma defesa no direito antitruste, em especial quando do controle das concentrações.³⁵ Para construir seu modelo o autor parte de hipótese bastante específica, em que o produto é homogêneo e a capacidade de aumento de preço é “marginalmente” restringida pela possibilidade de entrada de produtores situados em outras regiões. Deriva, então, um modelo matemático no qual demonstra que mesmo pequenos ganhos de eficiência produtiva (diminuição de custos) são suficientes para compensar aumentos de preços, pois as economias de escala seriam obtidas sobre a inteira produção do bem, enquanto a perda social decorrente do aumento de preço (*dead-weight loss*) seria realizada exclusivamente a partir da diminuição das vendas decorrente do aumento de preços. Essa argumentação permitiria

34. Para uma discussão minuciosa das várias reduções de custo geradas pelo aumento de volume transacionado em geral, v. P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, pp. 38 e ss.

35. O autor escreveu dois artigos sobre o tema, o primeiro em 1968, denominado “Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs” (*American Economic Review* 58/18, 1968), e o segundo nove anos mais tarde, “Economies as an antitrust defense revisited” (*University of Pennsylvania Law Review* 125/699, 1977). O último artigo reproduz, basicamente, a análise e as conclusões do primeiro, acrescentando apenas certas atualizações necessárias e a resposta a certas críticas que lhe tinham sido dirigidas. A referência no presente trabalho será sempre ao último artigo.

presumir a prevalência da eficiência produtiva sobre a ineficiência alocativa.

Várias críticas podem ser endereçadas ao raciocínio de Williamson. A primeira delas a suas premissas. O fato de ter sido necessário ao autor, para demonstrar seu ponto, partir de uma situação em que os agentes de mercado têm seu poder restringido pela possibilidade de entrada de novos concorrentes demonstra a fraqueza do seu argumento, considerado isoladamente. Só é possível garantir que a eficiência produtiva realmente prevaleça em situações em que, por seu diminuto poder no mercado (derivado da alta elasticidade cruzada e da possibilidade de entrada de novos concorrentes), é possível presumir que o agente econômico não poderá aumentar o preço. Isso porque, como o modelo de Williamson relaciona montantes de redução de custos necessários para compensar aumentos de preços, apenas presumindo aumentos de preços bastante discretos, é possível chegar a montantes de redução de custo cuja obtenção pelos agentes econômicos é possível presumir.

Na verdade, hoje está bastante firmado na doutrina o entendimento de que a relação entre eficiência alocativa e eficiência produtiva é impossível de ser determinada *ex-ante* com precisão. Na verdade, se indícios econômicos existem numa ou noutra direção, eles apontam em sentido exatamente contrário, isto é, de uma presunção de prevalência da ineficiência alocativa sobre a eficiência produtiva em caso de formação de poder no mercado. Dois são os fundamentos dessa afirmação.

Em primeiro lugar, há sérias razões para acreditar que as perdas sociais são muito maiores que o *dead-weight loss* tradicionalmente definido pela teoria neoclássica. Como visto, esse conceito inclui apenas a perda de utilidade daqueles consumidores que deixam de consumir o produto. Não inclui, no entanto, os rendimentos extraordinários realizados pelo monopolista em função do aumento de preços. Essa limitação é criticável. O monopólio representa um valor imaterial muito grande para o monopolista. Ele é um ativo, na verdade, muito mais valioso que as instalações e equipamentos de sua indústria. Para sua preservação o monopolista está, sem dúvida, disposto a despende grande parte de seu rendimento extraordinário. Ocorre que, como a teoria sugere e a prática comprova, esses dispêndios são, em sua maioria, perdas sociais. Imagine-se, por exemplo, o dinheiro despendido em corrupção governamental, em *lobbying* ou no financiamento de campanhas políticas. Mas também podem e devem ser considerados custos, segundo a lógica neoclássica, gastos não relacionados com a produção de utilidades, como, por exemplo, a publicidade (sobretudo quando sugestiva). A es-

sas perdas sociais devem-se somar outras, de semelhante monta, que derivam da tentativa por outros agentes do mercado de obter a mesma posição monopolista.³⁶

Mas não apenas a perda social é maior que a estimada. Também o parâmetro de comparação usado pela análise tradicional não é o correto. É, aliás, o próprio Williamson a reconhecer, como qualificativo necessário a seu modelo, que os verdadeiros ganhos de eficiência produtiva não são aqueles calculados a partir da comparação com a situação atual (de concorrência perfeita, por hipótese), mas sim com os ganhos de eficiência que seriam decorrentes de um processo de crescimento interno da empresa.³⁷ É essa a comparação de verdadeiro valor jurídico, pois põe em evidência a diferença entre as consequências econômicas das duas alternativas mais prováveis.

Ela tem como fundamento, ainda, outra constatação, frequentemente descuidada pela doutrina, mas que tem sólidas bases teóricas e práticas. Trata-se do fato de que as economias de escala não estão necessariamente ligadas ao poder no mercado e não aumentam na mesma proporção que este. Sua relação direta é – isto, sim – com a quantidade de produção. É evidente que existe relação entre volume produzido e poder no mercado, já que este último é decorrente da participação nas vendas em um mercado relevante. Mas sobretudo nos mercados maiores é possível operar em uma escala bastante grande, até mesmo a ideal, do ponto de vista da eficiência econômica, sem um excessivo grau de participação nas vendas. Vários estudos estatísticos realizados nos Estados Unidos da América o demonstram.³⁸ Obviamente, esses estudos, realizados em

36. Esse modelo de análise da destinação do rendimento extraordinário do monopolista foi sugerido por R. Posner, *Antitrust Law – An Economic Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978, pp. 11 e ss.

37. Cf. O. Williamson, “Economies as an antitrust defense revisited”, cit., *University of Pennsylvania Law Review* 125/710.

38. Os resultados desses estudos são relatados por Areeda: “Several major studies have related minimum efficient plant size to national market volumes in the United States. Bain’s study of 20 industries concluded that in only five did production scale economies require a plant with as much as 10% of market output, and in only one of those would such economies potentially lead to complete four firm dominance. A study by Pratten and others of 26 British industries, adapted to American market volumes, indicated that seven would require plants with 10% or more of market volume; in three of those, plant scale would lead to five firm dominance. A study by Scherer and others of 12 industries showed that in only one would scale economies require a plant output in excess of 10% of national sales, and that figure was 14%” – os estudos citados são, respectivamente, de 1956, 1971 e 1975 (v. P.

uma economia com volumes de consumo e vendas muito maiores que a brasileira (ainda que a época em que foram feitas as pesquisas permita descontar um pouco essa diferença), não permitem chegar a resultados conclusivos para a economia brasileira. Constituem, no entanto, poderoso indicativo de que, sobretudo para certos mercados em que a estrutura favorece a produção em massa, a eficiência pouca relação guarda como o poder no mercado, ou até mesmo que em determinados setores a maximização da eficiência produtiva não é compatível com uma participação excessivamente grande no mercado.

Todos esses elementos somados levam a uma clara conclusão. Não apenas a existência de eficiência produtiva não pode ser presumida de uma grande participação no mercado. Tampouco a prevalência da eficiência produtiva sobre a eficiência alocativa em caso de formação de posição de poder no mercado pode ser presumida a partir simplesmente da demonstração de que o aumento do poder no mercado trará algum ganho de eficiência.³⁹

Essa afirmação aparentemente faz a situação retornar ao ponto inicial. Se, como afirmado, a teoria econômica não fornece subsídios para determinar com precisão qual das eficiências prevalece, imputar ao agente econômico interessado o ônus de sua demonstração implica a ele atribuir uma prova impossível. Isso teria como consequência uma posição diametralmente oposta à criticada na análise neoclássica, ou seja, a proibição *per se* da formação de toda e qualquer situação de poder no mercado. Obviamente, não é isso que se defende.

Afortunadamente, esse impasse é de fácil resolução. Para entender o porquê é preciso introduzir a última e mais importante crítica à análise neoclássica da eficiência econômica.

Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. IV, pp. 38 e ss.).

39. Nesse sentido, analisando os dados da economia brasileira, afirma Guerreiro: “Não está demonstrada, na experiência, a proclamada verdade de que a concentração empresarial beneficia efetivamente o consumidor e a economia popular. Ao revés, o que a nossa história recente revela é bem o contrário, a partir do início da década de 1970, com o estímulo governamental à concentração de empresas, sobretudo no setor da agroindústria da cana-de-açúcar e no campo das instituições financeiras. Não se pode negar que, ao menos em princípio, a pluralização de ofertas no mercado, com o controle das práticas concentracionistas e a repressão às tendências monopolizantes, aumenta as oportunidades de um comércio mais competitivo e salutar, no interesse do próprio consumidor e do povo” (J. A. T. Guerreiro, “Formas de abuso de poder econômico”, *RDM* 66/51, São Paulo, Ed. RT, abril-junho/1987).

4.1.2 Eficiência e distribuição de seus benefícios

A mais importante de todas as críticas à teoria exposta acima é a crítica externa, ou seja, aquela baseada na negação dos pressupostos neoclássicos. A lei, ao definir os consumidores como destinatários diretos e primários das normas antitruste, obviamente não restringe sua tutela à proteção do interesse à maximização da riqueza social, independentemente de quem deva ser seu beneficiário. Se assim fosse, não seria necessário mencionar os interesses dos consumidores especificamente, bastando referir-se ao princípio maximalista neoclássico. Na verdade, como já foi visto na Parte I, Capítulo II, item 2, a menção aos interesses dos consumidores é, antes de tudo, uma declaração política dos neoclássicos, direcionada a tornar palatável em um campo intervencionista por natureza, como é o direito antitruste – intervenção, aqui, entendida no sentido de garantia de preservação do sistema concorrencial –, uma teoria tão extremadamente liberal como é a neoclássica. Só nesse sentido pode ser entendida a declaração genérica da intenção de promover o bem-estar dos consumidores acompanhada da desconsideração das transferências de riquezas entre consumidores e monopolistas (ou de consumidores para monopolistas).

Na lei brasileira essa necessidade de proteção em via direta do interesse dos consumidores, e não apenas indireta, através da procura da maximização da riqueza global, é reforçada, ainda, pela existência de previsão específica no tocante à eficiência. Bastante reveladora é a comparação entre o art. 88, que regula o controle das concentrações, e o art. 36, § 1º, da lei, que regula as situações de poder adquiridas com base no crescimento interno. Enquanto o primeiro dispositivo coloca a eficiência entre vários outros elementos justificadores (todos eles necessários) da concentração, o último estabelece um excludente absoluto de ilicitude para as situações de poder de mercado criadas a partir do crescimento interno, com base exclusivamente na eficiência.

A comparação dos dois dispositivos sugere a existência de uma preferência do legislador pelo crescimento interno em detrimento do crescimento através de aquisições de empresas. Essa preferência é óbvia, e justifica-se. Não só o crescimento interno tem efeitos macroeconômicos positivos, pois implica aumento do investimento, que, potencializado por seu efeito multiplicador, leva a um aumento da própria renda, mas também pode-se ter a garantia de que, se esse crescimento foi baseado na maior eficiência (e não na eliminação dos concorrentes), então, os ganhos dela decorrentes foram repartidos com os consumidores. Se o

produtor ganhou licitamente fatias do mercado é porque ou reduziu os preços ou melhorou a qualidade do produto. Essa mesma certeza não é possível ter com relação às concentrações.

Mas não apenas nisso. Ao tratar do controle das concentrações o legislador elabora em termos claros o princípio redistributivo. O art. 88, § 6º, II, prevê, logo em seguida ao requisito da eficiência, que é preciso também demonstrar que “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes” (*sic*).

Não basta, portanto, a existência da eficiência; é necessária a garantia de efetivo repasse de seus benefícios aos consumidores. Ora, o resultado final da aplicação dessa noção redistributiva de eficiência é exatamente a garantia da prevalência da eficiência produtiva sobre a ineficiência alocativa, resolvendo a questão deixada em aberto no final do item anterior.

A razão disso é bastante simples. Há duas, e apenas duas, situações em que é possível ter confiança no repasse dos ganhos de eficiência aos consumidores. Ambas nos são sugeridas pelo princípio da racionalidade monopolística desenvolvido pela própria teoria neoclássica. Se, como sugere esse princípio, não é de esperar do monopolista outro comportamento que não a tentativa de maximização de lucro, ele só terá incentivo para repartição de seus rendimentos extraordinários com os consumidores em duas situações.

O primeiro caso é aquele descrito por Williamson. Em ausência de barreiras à entrada, o agente econômico está impedido de aumentar seus preços. Há a ameaça constante de entrada de novos concorrentes. Quanto maior for a possibilidade de entrada, maior será o incentivo para que o agente econômico reparta parte de seus ganhos decorrentes da redução de custos com os consumidores, capturando, assim, novas fatias do mercado e diminuindo a ameaça da entrada de novos concorrentes. O problema fundamental, não levado em consideração por Williamson, e que modifica totalmente a perspectiva da análise, é que existe um dado adicional a somar-se à eficiência. É a inexistência de barreiras à entrada, somada à eficiência, que faz com que aquela determinada concentração não possa ser considerada economicamente danosa e, portanto, não deva ser ilícita.

O segundo caso é de ocorrência mais rara. Nele, os ganhos de eficiência produtiva são tão extraordinários que o ponto de equilíbrio do empresário passa a ser um preço inferior ao cobrado anteriormente. Relembrando os conceitos marginalistas discutidos acima (nesta Parte II,

Capítulo I, subitem 1.1), o empresário maximiza lucro quando a margem marginal é idêntica ao custo marginal. Ora, se a redução de custos se dá em um ponto onde o nível de preços com que essa identidade se verifica anteriormente, é possível presumir que o empresário repartirá parte de seus benefícios com os consumidores. A ocorrência dessa hipótese (e, portanto, muito rara. O nível de redução de custos (em ausência de quaisquer barreiras à entrada) tem de ser tão grande para que isso ocorra) que, na prática, quando essas situações se verificarem será relativamente fácil demonstrar não só a existência como a extraordinária importância dos ganhos (líquidos) de eficiência produtiva.

O interessante é notar que em ambos os casos, e apenas nestes, pode-se ter a certeza do cumprimento do requisito neoclássico do ganho líquido de eficiência. Em ambos não haverá aumento de preços. Não haverá, portanto, ineficiência alocativa (*dead-weight loss* = 0). A preservação da eficiência produtiva é certa.

Não deixa de ser paradoxal para a teoria neoclássica que o mesmo modo de garantir o cumprimento de seu postulado seja exatamente através da negação de sua premissa central — qual seja, a irrelevância da destinação dos ganhos de eficiência. Para assegurar a existência de um ganho líquido de eficiência é necessário, de alguma forma, garantir a repartição com o consumidor. Talvez seja mais correto ainda afirmar que é a repartição dos ganhos de eficiência com o consumidor o único indicador que permite comprovar a efetiva existência desses ganhos.

4.2 A política industrial

No sistema brasileiro os limites da atuação do Estado no estabelecimento e na execução da política industrial vêm claramente estabelecidos no art. 174, *caput*, da CF. Ali se atribui ao Estado a função de regulamentação da atividade econômica. Exceção é feita ao planejamento econômico, cujas regras são determinantes para o setor público mas meramente indicativas para o setor privado. Com essa frase final o constituinte procurou afastar a possibilidade de dirigismo estatal da economia.

Esse tipo de afirmação, no entanto, pouco ou nada esclarece a respeito da amplitude da discricionariedade do Estado na fixação da política industrial. Afastado o *dirigismo*, é necessário determinar a forma de *intervencionismo* propugnada pelo constituinte brasileiro. Para essa definição o art. 174 da CF é de pouco auxílio. A competência *normativa e reguladora* atribuída pelo constituinte ao Estado é bastante ampla, e os limites em relação ao planejamento não são totalmente claros.

Parâmetros mais claros para resolução da questão encontram-se no art. 170. Entre os vários princípios ali previstos (alguns dos quais claramente podem entrar em contraposição com os demais) parece ser possível destacar três que se sobrepõem. São eles os mencionados no *caput*, os dois primeiros como fundamento e o terceiro como objetivo da ordem econômica: a *valorização do trabalho humano*, a *livre iniciativa* e a *busca da justiça social*. São todos eles limites absolutos a qualquer política industrial.

É claro que mesmo entre esses princípios fundamentais é possível o conflito. Medidas objetivando a justiça social podem não ser totalmente compatíveis com a livre iniciativa, e vice-versa. Nesse caso não parece haver outra alternativa a não ser dar prevalência ao princípio mais diretamente afetado pela medida específica em análise.⁴⁰

Dessas observações emerge um critério constitucional importante para avaliação da política industrial. Ela não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial. Essa afirmação fundamenta-se nos diferentes efeitos que a política industrial poder ter sobre os princípios e objetivos fundamentais da ordem econômica estabelecidos no art. 170, *caput*, da CF.

De um lado, uma política tendente a eliminar a concorrência é claramente contrária à livre iniciativa. Sua instrumentalidade em relação ao objetivo da justiça social é, no entanto, na grande maioria dos casos, no mínimo incerta. Tratando-se de regulamentação pelo Estado da *atividade empresarial*, não é possível distinguir uma clara e imediata instrumentalidade em relação à promoção da justiça social (instrumentalidade, essa, que é identificável com relação à *política social* do Estado).

O grande valor da menção ao objetivo da justiça social não é, portanto, sua utilização como parâmetro oposto à livre iniciativa, mas, sim, a afirmação da necessidade de existência de *políticas sociais* (que

40. O que se procura fazer é atribuir o devido peso aos diversos princípios, permitindo resolver um aparente conflito entre ambos. Como destaca a doutrina, a forma de solução de conflito é um dos importantes elementos diferenciadores entre princípios e regras. Enquanto relativamente aos primeiros o conflito permite a convivência, sendo necessário apenas atribuir o devido peso a cada um deles e verificar o que deve prevalecer no caso concreto (exatamente o que se está procurando fazer nesta sede), com relação às regras não há possibilidade de convivência. A superveniência de uma regra incompatível revoga ou derroga a primeira, não sendo possível a convivência entre ambas. V., a respeito, E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 153, reproduzindo a famosa teoria de Dworkin.