

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.)

 **MALHEIROS
EDITORES**

CALIXTO SALOMÃO FILHO

**DIREITO
CONCORRENCIAL**

Gustavo Henrique Carneiro de Camargo Kastrop
180 - XII

 **MALHEIROS
EDITORES**

de *joint-ventures* e associações, de um lado (controle das estruturas), e acordos puros, de outro (controle das condutas), é correta. Enquanto as primeiras podem ter objetivos outros que não única e exclusivamente a definição de variáveis concorrenciais, os acordos puros entre concorrentes referem-se diretamente a estas, e, portanto, exigem avaliação pura e direta de licitude ou ilicitude. Também é correta a inclusão das duas formas de *joint venture* no controle estrutural sem distinção entre formas societárias, exatamente porque, como visto acima, com relação a elas é o efeito concorrencial, e não a forma societária, o elemento relevante para a aplicação da disciplina concorrencial.

1.3 As concentrações econômicas

1.3.1 As formas possíveis de concentração econômica

Tradicionalmente, as concentrações econômicas são classificadas em três categorias: concentração horizontal, concentração vertical e formação de conglomerados. A ordem em que foram listadas as três categorias é em função da relevância de cada uma para a ordem concorrencial.

A primeira delas é a *concentração horizontal* ou, *grosso modo*, aquela que se processa entre concorrentes. Não há dúvida na doutrina ou na jurisprudência quanto à potencial ameaça representada pelas concentrações horizontais para a ordem econômica. A questão se resume, portanto, em determinar o nível de concentração a partir do qual é necessário o controle.

O mesmo não pode ser dito com relação às *concentrações verticais*. São elas as que se processam entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço.⁴⁵ Apesar de em teoria serem consideradas danosas para a ordem antitruste, seu controle é, na prática, frequentemente influenciado por fatores políticos. Assim, em épocas em que os ventos liberais tendem a favorecer as concentrações, seu controle é um dos primeiros a ser suprimido.

Finalmente, a *formação de conglomerados* é a mais discutida dessas categorias de concentrações econômicas. Trata-se de categoria residual, que engloba concentrações em que as atividades dos agentes econômicos não guardam qualquer relação entre si. É categoria muito discutida em doutrina, e cujo controle é bastante limitado.

45. Cf. N. T. Mallard, "Integração de empresas: concentração, eficiência e controle", *Revista do IBRAC – Caderno de Textos* 1-4, 1994, p. 44.

Essas três categorias foram indiretamente reconhecidas pelo legislador brasileiro quando da definição das concentrações sujeitas a controle. Prevê o art. 88 da Lei 12.529/2011 que devem se sujeitar a controle atos de concentração em que pelo menos um dos grupos envolvidos "tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de Reais)" e pelo menos um outro participante "tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de Reais)". Ora, como a aplicabilidade do critério da participação no mercado relevante foi suprimida na Lei 12.529, obviamente, a referência ao critério do faturamento bruto engloba também a formação de conglomerados.

1.3.2 As concentrações horizontais

A noção há pouco utilizada de concentração horizontal deve ser bem compreendida. É considerada concentração horizontal não apenas aquela integração entre empresas que fabriquem ou comercializem o mesmo produto. Firms no mesmo mercado são consideradas todas aquelas que se incluem na mesma definição de mercado relevante. Assim, todos os fabricantes de produtos substitutos, que, em caso de aumento de preços, passariam a ser consumidos, devem ser incluídos no mercado.

Isso não é suficiente, no entanto, para estabelecer os limites exatos da noção de concentração horizontal. Para fazê-lo é necessário compará-la à formação de conglomerados. A razão é que em todas aquelas hipóteses em que é teoricamente concebível a existência de uma concorrência potencial entre os produtos dos agentes econômicos que se estão integrando a partir de certo nível de aumento de preços (ainda que superior ao nível utilizado para definir o mercado) se está diante de situação limítrofe entre concentração horizontal e formação de conglomerados.

Por uma questão de coerência com a teoria desenvolvida na Parte I, Capítulo I, serão tratadas entre a formação dos conglomerados todas aquelas hipóteses em que o aumento de preços necessário para poder incluir uma das empresas que se está integrando no mesmo mercado da outra é superior aos padrões utilizados para definir o mercado relevante. É interessante observar, de resto, que exatamente nos casos em que a formação de conglomerados pode ser ligada (ainda que longinquamente) às concentrações horizontais (ou verticais) é que se registram as poucas decisões considerando ilícita sua constituição. A necessidade sentida pela doutrina e pela jurisprudência de ligar as hipóteses de formação

de conglomerados a *fattispecie* longínquas de concentração horizontal (ou vertical) sugere que, se os critérios para a *identificação* do poder na formação de conglomerados são substancialmente diversos daqueles utilizados para a mesma identificação no caso das concentrações horizontais, quanto ao *sancionamento* a regra da razão formulada no Capítulo II desta Parte II permanece intacta e aplicável, com pequenas distinções, a ambas as hipóteses.

1.3.2.1 Concentração horizontal e crescimento interno – A preocupação particular da ordem concorrencial com as concentrações horizontais não decorre exclusivamente da maior probabilidade de construção de posições de poder no mercado que essa forma implica, comparativamente às demais. Importância especial tem também o padrão utilizado para comparação. Na concentração horizontal, mais do que em qualquer outro tipo de concentração, a alternativa à concentração empresarial é o crescimento interno. Com isso se quer dizer que, diferentemente dos outros tipos de integração, a alternativa natural à concentração horizontal é o crescimento interno. A empresa que se vê na impossibilidade de adquirir um concorrente, para ganhar espaço no mercado e, consequentemente, melhorar sua lucratividade deve crescer internamente.

Ocorre que o crescimento empresarial interno é acontecimento muito positivo para a ordem econômica. As razões para isso já foram analisadas. O crescimento, além do efeito econômico positivo representado pela criação de nova capacidade produtiva, é também o único a garantir que o aumento do poder no mercado se dá a partir de melhoria da eficiência produtiva, cujos resultados são efetivamente repartidos com o consumidor.⁴⁶

Em função disso, a concentração horizontal é tão mais favorecida do ponto de vista concorrencial quanto mais for possível demonstrar que o crescimento interno não é uma alternativa viável. Isso ocorre,

46. O crescimento interno não é, no entanto, sempre preferível à concentração. Três são as situações básicas em que a concentração é preferível ao crescimento interno. Em primeiro lugar, quando as firmas que se pretendem concentrar possuem bens de capital complementares que, conjugados, podem passar a produzir bens de diferente qualidade – o que não poderia ocorrer pelo crescimento individual de cada empresa. Uma segunda situação é aquela em que o “preço” do crescimento interno é excessivamente elevado. Finalmente, a concentração é socialmente preferível quando não há espaço para o crescimento interno de todas as empresas, isto é, quando o preço do crescimento interno de uma é a saída do mercado das outras. Na verdade, apenas a primeira é uma situação em que a concentração é preferível. Nos outros casos o que ocorre é que o crescimento interno não é viável, ao menos não para todas as firmas.

basicamente, em duas situações. Em primeiro lugar, o crescimento interno não é uma alternativa viável, ao menos não para todas as firmas, quando a demanda daquele mercado particular é estável ou decrescente. Nesse caso, o crescimento interno de uma das empresas implicará, provavelmente, saída do mercado da outra. É verdade que essa alternativa poderia, ao menos na perspectiva neoclássica, ser considerada economicamente positiva, na medida em que eliminaria uma unidade econômica ineficiente. Ocorre que o mesmo efeito pode ser obtido através da concentração, com duas vantagens: não há destruição de capacidade produtiva já existente e, ainda, podem ser geradas economias de escala tendentes a beneficiar o consumidor.

O crescimento interno também será inviável – ou, ao menos, bastante improvável – quando for excessivo o aumento de escala necessário para atingir um nível eficiente (ou, ao menos, competitivo) de produção. E isso por duas razões básicas. Em primeiro lugar porque, nesse caso, o tempo para obtenção da escala produtiva necessária será tão elevado, e os esforços financeiros de tal monta, que o crescimento interno tornar-se-á financeiramente pouco compensador. Mas a razão mais relevante é o que se denomina *capacity effect*. O que ocorre é que, quanto maior for a expansão de capacidade produtiva necessária para a obtenção de uma escala eficiente, tanto maior será o efeito depressivo sobre os preços. Nota-se, portanto, que as mesmas razões que tornam o crescimento interno preferível do ponto de vista econômico podem, a partir de certo ponto, torná-lo inviável. Exatamente porque o crescimento interno só se pode fazer através de redução de preços para o consumidor, se o tempo necessário para que a diminuição dos preços que possa induzir a um aumento das vendas, suficiente para atingir a escala eficiente, for muito longo o crescimento interno é inconveniente para a empresa.

Pode-se, portanto, formular um primeiro critério para interpretação da regra da razão discutida no Capítulo II desta Parte II, com o objetivo específico de aplicá-la às concentrações horizontais. De um lado, ao se analisar o montante da restrição à concorrência, tem, sem dúvida, tratamento favorecido aquele tipo de setor cuja demanda é decrescente ou, ao menos, estável.⁴⁷ Com relação a ele é razoável presumir que o crescimento interno não é alternativa viável para todas as empresas.

47. A preocupação com esse fator fica evidente na Resolução 15 do CADE, de 19.8.1998, parcialmente revogado, em que a avaliação do estado do mercado é solicitada expressamente no Anexo II, item VI.5, cabendo às empresas requerentes informar sobre as “perspectivas do mercado relevante em termos de crescimento das vendas” e a “evolução da capacidade produtiva”, entre outros fatores.

Por outro lado, quanto às justificativas para a concentração, pode-se afirmar que tanto mais aceitável é a justificativa baseada na eficiência quanto maior for o crescimento necessário para atingir uma escala eficiente de produção. Também nesse caso pode-se presumir a inviabilidade do crescimento interno.

1.3.2.2 A eficiência – A eficiência é, sem dúvida, a mais importante defesa, tratando-se de concentrações. Por esse motivo, será objeto de tratamento específico para cada tipo particular de concentração.

A primeira peculiaridade específica da eficiência, quando utilizada como defesa nas concentrações horizontais, já foi analisada acima. Como visto, a defesa baseada na eficiência será tão mais aceitável quanto maior for o montante do crescimento interno necessário para atingir uma escala produtiva eficiente.

Mas isso não basta. É necessário ir ainda mais a fundo, e verificar o significado real do termo “eficiência” quando aplicado às concentrações horizontais. Já foi visto no Capítulo II desta Parte II que o termo “eficiência”, quando utilizado no direito antitruste, significa, basicamente, economia de escala. Mas quais são as economias de escala possíveis em caso de concentração horizontal? Serão todas elas juridicamente aceitáveis?

A doutrina costuma elencar uma série de economias de escala passíveis de serem atingidas através da integração empresarial. As mais importantes são: economias de escala produtiva, economias decorrentes da especialização das empresas, economias na distribuição, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, custos de capital e economias de escala com fornecedores.⁴⁸

De todas elas, apenas as duas primeiras são diretamente aceitáveis como defesa em uma concentração horizontal. A razão é que só elas requerem necessariamente a concentração empresarial. Com efeito, tanto as economias de escala na produção quanto a especialização empresarial requerem mudanças estruturais na empresa que permitam alterar sua forma de produção.⁴⁹ Essas mudanças só se tornam possíveis através de concentração empresarial.

48. V., a respeito do tratamento econômico de cada uma delas, P. Areeda e D. Turner, *Antitrust Law*, vol. IV, Boston/Toronto, Little, Brown and Co., 1980, pp. 175 e ss.

49. A possibilidade de especialização de produção de cada uma das empresas é aceitável como defesa no direito antitruste quando existe complementaridade en-

O mesmo não pode ser dito a respeito das demais economias. É inevitável que todas elas, sem exceção, são teoricamente obtíveis através da concentração horizontal. Dois fatores limitam substancialmente, no entanto, a possibilidade de sua utilização como defesa. Em primeiro lugar, ao contrário da eficiência produtiva, é muito arriscado presumir que esse tipo de eficiência possa ser capaz de superar a ineficiência alocativa produzida pelo aumento do poder no mercado.

Mas, muito mais importante que isso, todas essas outras economias não requerem necessariamente a concentração horizontal para serem obtidas. É perfeitamente possível obtê-las através da formação de *joint ventures* entre empresas, especialmente destinadas à venda, à aquisição ou à pesquisa e ao desenvolvimento de produtos.

Essa observação deve ser bem entendida. Não se trata de dar preferência à formação de *joint ventures* em qualquer caso, em detrimento da concentração empresarial. Como se verá quando da análise das *joint ventures*, sua constituição pode ser tão ou mais negativa que a concentração empresarial no que tange à consolidação do poder no mercado. Basta notar que frequentemente sua formação incentiva a conclusão de acordos de preços entre concorrentes.

O que se está tentando preservar é apenas uma proporcionalidade entre meios e fins (prevista na própria lei concorrencial brasileira – art. 88, § 6º, II), sem a qual uma defesa baseada na eficiência nunca pode ser considerada suficiente para contrabalançar um aumento relevante do poder no mercado.⁵⁰ Com isso se quer dizer que, se o único objetivo

tre os produtos fabricados, ou seja, quando é necessário para as empresas oferecer todos (ou ambos) os produtos no mercado. É o caso, por exemplo, do fabricante de bebidas em relação ao fabricante de vasilhames. Nesse caso, pode ser interessante para o fabricante de bebidas que quer expandir sua produção adquirir um fabricante de vasilhames, especializando sua unidade industrial exclusivamente na fabricação de bebidas e transferindo toda sua fabricação própria de vasilhames (assumida por hipótese) para a nova empresa adquirida. Nesse caso a especialização da produção pode levar a importantes economias de escala. Como se pode notar, a especialização da produção nada mais é que uma variante da economia de escala produtiva (v., nesse sentido, P. Areeda e D. Turner, *Antitrust Law*, cit., vol. IV, p. 177).

50. No julgamento de atos envolvendo concentração horizontal significativa, o CADE, em decisões mais recentes, expressamente tem adotado o modelo de divisão dos benefícios da concentração com o consumidor (modelo *price standard*) para avaliação das eficiências suficientes para pensar os efeitos anticompetitivos decorrentes de elevadas concentrações econômicas. E não poderia ser diferente: o art. 54, § 1º, II, da antiga Lei de Concorrência determinava expressamente a aplicação desse raciocínio quando impunha a divisão das eficiências econômicas decorrentes da operação com o consumidor final. Assim também faz o art. 88, § 6º, II, da lei

da concentração entre as empresas é a obtenção dessas economias – por assim dizer – secundárias, a concentração não é o melhor meio de atingi-las. A mudança *estrutural e permanente* promovida pela concentração nas duas empresas é inconveniente do ponto de vista concorrencial para a obtenção desses objetivos. Eles podem ser muito bem obtidos através de uma forma intermediária, como é a *joint venture*, que permite obter os mesmos objetivos sem um aumento em princípio permanente da concentração do poder no mercado.

Assim sendo, a utilização da defesa da eficiência baseada exclusivamente nesse tipo de economia “secundária” dependerá não só da demonstração de que seu montante é suficiente para proporcionar benefícios aos consumidores capazes de contrabalançar a ineficiência alocativa, mas também de que não é possível a utilização da *joint venture* ou outra forma de cooperação entre concorrentes para obtenção dos mesmos resultados.

1.3.3 As concentrações verticais

1.3.3.1 Hipótese independente ou caso especial de concentração horizontal? – As concentrações verticais, muito ao contrário das horizontais, são motivo de contínuas dúvidas e discussões doutrinárias. No estado atual da doutrina não existe sequer concordância a respeito da necessidade e da utilidade de qualquer tipo de controle das concentrações verticais.

Certos autores – sobretudo aqueles mais ligados à Escola Neoclássica de Chicago – afirmam que as concentrações verticais não apresentam qualquer problema jurídico autônomo em relação às concentrações horizontais.

atual. Segundo esse requisito, condição essencial para aprovação de atos dessa natureza é a geração de benefícios econômicos não apenas para o produtor, mas também para o consumidor, quer seja pela diminuição dos preços, quer seja pela melhoria da qualidade dos produtos, assegurando-se a manutenção ou a melhoria do nível de bem-estar do consumidor experimentado na fase pré-operação. A aplicação desse modelo tem levado o CADE a um movimento pendular, difícil de ser classificado do ponto de vista teórico, que ora resulta na adoção de medidas estruturais severas, ora em restrições insuficientes para garantir um ambiente concorrencial (v., por exemplo, “Nestlé/Garoto”, Ato de Concentração/AC 08012.001697/2002-89; “Gatorade/Marathon”, AC 08012.001697/2002-89; “Sky/Directv”, ACs 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004; descruzamento das participações entre CVRD e CSN; e aquisições Socoimex, Samitri, Ferteco, Caemi e Belém, ACs 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38).

O raciocínio por eles desenvolvido ataca um dos argumentos centrais daqueles que veem na concentração vertical uma potencial ameaça ao sistema concorrencial. Trata-se da possibilidade de criar dificuldades ao funcionamento do concorrente, tolhendo-lhe as fontes de matéria-prima ou os canais de distribuição. Segundo essa teoria, a concentração vertical permite ao fabricante do produto final, caso o produtor de insumos ou distribuidor com o qual se está concentrando possua relevante poder no mercado, sufocar seus concorrentes, bloqueando seu acesso às fontes de insumo ou matéria-prima.

Os neoclássicos se opõem frontalmente a essa ideia. Afirmam que a preocupação com as concentrações verticais nada mais faz que induzir o intérprete a focalizar sua atenção no prisma errado da questão. Segundo esses teóricos, nada há de mal na concentração entre fornecedor e comprador; o problema só aparece quando um deles tem poder no seu mercado *horizontalmente* considerado.⁵¹ Nessa perspectiva, a transmissão de posição dominante de um mercado para outro – preocupação tradicional nas concentrações verticais, e que se traduz na teoria clássica da concentração vertical, supraexposta (segundo a qual a ilicitude só ocorrerá se em um dos mercados estiverem presentes as condições para caracterização do poder no mercado ilícito) – perde relevância. Isso porque, segundo esses mesmos teóricos, qualquer preferência atribuída pela empresa com poder no mercado ao distribuidor ou produtor de insumos a ela afiliado fará com que os demais concorrentes naqueles mercados migrem para outros produtores, existentes ou potenciais. Assim, para que o esquema funcione é necessária a existência de grande participação em um dos mercados e de substanciais barreiras à entrada – exatamente os fatores que caracterizam a ilicitude das concentrações horizontais.

A tese neoclássica padece de um vício fundamental de lógica jurídica. Se é verdade que o fundamento do controle das concentrações é o sancionamento de um aumento da concentração no mercado *horizontalmente* considerado (como os próprios neoclássicos proclamam), no caso da concentração vertical nunca haveria nada a controlar, nem no sentido vertical, nem no horizontal. Isso porque em uma concentração vertical o poder no mercado horizontalmente considerado não se cria nem se

51. V., nesse sentido, comentando um caso concreto, R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., p. 237: “Foreclosure theory is like a conjuring trick: it causes you to look at the wrong level of the industry, in the case the refining level. The problem just stated is not vertical but horizontal, the evil is not the foreclosure of rival refiners but the establishment of a retail monopoly”.

aumenta. A intervenção, em consequência, não se justifica com um raciocínio típico da análise de concentrações horizontais.⁵²

52. A jurisprudência do órgão antitruste brasileiro alinha-se com a posição neoclássica sobre as consequências de concentrações verticais, conferindo-lhes importância maior apenas quando capazes de gerar efeitos na linha horizontal, aumentando o poder de mercado em um ou mais elos da cadeia produtiva (cf., por exemplo, o posicionamento do CADE no “caso *Sky/Directv*”, objeto dos Atos de Concentração/ACs 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004, de 24.5.2006, no que respeita aos mercados de programação midiática). Nas hipóteses em que o CADE viu necessidade de restringir alguns aspectos de operações dessa natureza nos últimos anos pode-se identificar tendência de imposição de uma mescla de soluções estruturais e comportamentais, com ligeira preferência das primeiras sobre as últimas. Pode-se verificar essa tendência na solução conferida aos ACs 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38, de interesse de CVRD/CSN, no que respeita ao acesso à infraestrutura ferroviária. Nestes atos, entre as restrições impostas constou – especificamente para lidar com a questão de integração vertical com a infraestrutura ferroviária – a proibição do exercício de certos direitos de participação na MRS Logística. A mesma preferência por remédios estruturais em matéria de concentração vertical pode ser observada nos ACs 08012.005118/2000-13, 08012.005117/2000-61 e 08012.005116/2000-16, de interesse da *Brasil Mídia Exterior*. Nestes, impôs-se obrigação de desinvestimento em painéis e *displays* por meio de um Termo de Compromisso de Desempenho.

Apesar de soluções estruturais serem também a preferência na jurisprudência estrangeira, principalmente na integração de indústrias reguladas (cf., por exemplo, o posicionamento da Comissão Europeia nos casos “*Vodafone Airtouch/Mannesmann*”, COMP/M.1795, 12.4.2000, e “*Telia/Telenor*”, IP/99/413, 13.10.1999, e o posicionamento da *Federal Communications Commission* no “caso *AT&T/MediaOne*”, de 5.6.2000), é interessante notar que no caso brasileiro o fundamento para essa opção parece menos relacionado às consequências econômicas das soluções estruturais e mais ao aspecto prático, na medida em que estas são mais facilmente monitoráveis pela Comissão de Acompanhamento de Decisões do CADE (CAD-CADE), órgão com sérias limitações de recursos financeiros e humanos, responsável pelo acompanhamento do cumprimento das decisões do órgão.

As restrições de recursos para monitoramento dos agentes privados têm sido declaradas pelo CADE como motivação para inovar em relação às tradicionais medidas de reforço de transparência dos agentes verticalmente relacionados. A divulgação pelas empresas verticalmente integradas de informações economicamente relevantes de sua relação imporia ao Conselho menor custo de monitoramento, pois poderia, em tese, contar com sua fiscalização pelo mercado. Solução dessa natureza pode ser encontrada no “caso *Agip/Petrobrás*” (AC 08012.005538/2004-60), no qual o Conselho impôs obrigação de informar à ANP contratos e condições comerciais no fornecimento de GLP pela Petrobrás a demais distribuidores.

Esta linha de decisão não pode ser considerada um bom substituto para soluções estruturais, exatamente porque nesses casos a informação estará também estruturalmente concentrada. Ao monopolista seria sempre possível alterar elementos não sujeitos a divulgação (qualidade e composição do produto), obtendo o mesmo efeito

Para controlar as concentrações verticais é necessário, portanto, encontrar alguma característica a elas particular que torne o controle necessário. Note-se que isso não significa dizer que é desnecessária a existência de poder no mercado em ambas as esferas consideradas, mas apenas que não é o aumento desse poder, mas sim o ato de concentração (vertical) em si, que justifica o controle.

A doutrina identifica várias consequências específicas das concentrações verticais que causam preocupação concorrencial.⁵³ Em primeiro lugar, a própria teoria da exclusão potencial dos concorrentes pode ser revisitada, agora levando em conta a crítica neoclássica. O que dela se pode concluir é que as integrações verticais, quando realizadas entre agentes econômicos que atuam em mercados já horizontalmente concentrados, são causa efetiva de preocupação para o direito antitruste. E isso por duas razões bastante evidentes. Em primeiro lugar, porque nesses casos sobram muito poucas alternativas aos produtores e/ou distribuidores independentes para, respectivamente, vender ou comprar seus produtos em condições concorrenciais. Mas também a concorrência potencial se limita substancialmente. Com efeito, novos potenciais concorrentes que queiram entrar em um dos mercados deverão entrar em ambos para ter alguma chance de concorrer. É por esse motivo que uma das principais objeções de natureza concorrencial às concentrações verticais está exatamente no aumento substancial de barreiras à entrada no mercado por elas proporcionado.

É importante notar que isso não significa que só deva ser controlada aquela concentração vertical que implique controle de parcela do mercado, em qualquer dos níveis do setor considerado (produção de matéria-prima, industrialização ou fornecimento ao consumidor final), que, segundo os padrões utilizados nas concentrações horizontais, seja considerado excessivo. Como visto, a concentração vertical traz consigo preocupações concorrenciais específicas (em especial a potencial exclusão de concorrentes e as barreiras à entrada), que não podem ser descuidadas. Há, ainda, uma outra razão a desaconselhar tal equiparação. Sobretudo tratando-se de mercados oligopolizados, é muito comum

abusivo – ou seja: as razões pelas quais é de se rejeitar tal solução do ponto de vista teórico são as mesmas pelas quais não se admite que um controle de comportamentos bem estruturado (via compromisso de desempenho, por exemplo) possa substituir o controle de concentrações.

53. V., para uma completa discussão de todas as possíveis consequências das concentrações verticais, nem todas, de resto, logicamente aceitáveis: P. Areeda e D. Turner, *Antitrust Law*, cit., vol. IV, pp. 212 e ss.

que a uma primeira integração vertical se sigam outras, por parte de outros concorrentes, que, descrentes da lógica neoclássica, não querem se colocar em situação concorrencialmente inferior. Assim, muito frequentemente uma primeira integração vertical desencadeia um processo concentrativo que não termina enquanto os participantes de ambos os mercados não estejam em grande parte integrados. Essa perspectiva constitui uma ameaça real aos pequenos produtores independentes, para os quais, ao final desse processo, restarão poucas alternativas para fornecimento e/ou distribuição em condições concorrenciais.

O problema que então se apresenta é de equidade. Será correto permitir, em determinado setor, as primeiras concentrações e barrar as últimas, sob o argumento de que nessas últimas o número de concorrentes independentes restante será muito reduzido para garantir a existência real de concorrência? A solução mais correta e equitativa – sobretudo em um direito concorrencial que, como visto na Parte I, leva em consideração não apenas os interesses dos consumidores, mas também o dos concorrentes – parece ser a utilização da teoria da incipiência. Através dela é possível aplicar mais rigidamente os critérios de sancionamento àqueles mercados oligopolizados em que uma primeira concentração vertical possa razoavelmente provocar o temor de um processo generalizado de integração. Esse temor é tanto mais justificado quanto mais oligopolizado for o mercado e, paradoxalmente, quanto maior for a concorrência entre seus principais participantes. Nesses casos é possível e provável que os demais venham a seguir os passos dos primeiros a se integrar.

A probabilidade aqui postulada, além de base empírica, tem também fundamento teórico. Com efeito, aplicando aqui o que foi dito sobre a teoria dos jogos quando do estudo dos oligopólios, nota-se que a integração vertical é um jogo com um número finito de rodadas (provavelmente uma, ou então tantas quantos forem os estágios intermediários cuja aquisição é necessária). Consequentemente, é possível presumir (ao contrário do que ocorre nos aumentos de preços) que haverá comportamento paralelo dos oligopolistas que não querem perder sua posição no mercado. Isso porque, exatamente como no *dilema do prisioneiro*, o comportamento tendente a um fim exclusivamente individual é um comportamento seguido por todos os oligopolistas. Trata-se, portanto, de um comportamento paralelo, mas claramente não intencional.

A ausência da intencionalidade tem, no entanto, pouca relevância. Não se está tratando de determinar a cooperação econômica, mas, sim, de estudar os possíveis efeitos de um tipo especial de concentração. E a esse respeito o que se pode concluir é que o comportamento individual (e

não cooperativo) dos agentes econômicos, que se pode presumir, levará exatamente àquela estrutura de mercado não desejada pelo ordenamento.

A concentração vertical em estruturas oligopolizadas causa, ainda, outro tipo de preocupação, diretamente ligada ao interesse do consumidor. Ainda que a concentração não leve a um processo generalizado de integração e – talvez se possa dizer – sobretudo se isso não ocorrer, é muito provável que essa concentração represente forma de eliminar uma barreira à cartelização do mercado. A razão para isso é bastante simples. Como já foi visto ao se analisar a teoria do *countervailing power*, muitas vezes o poder no mercado do comprador pode impedir o exercício do poder monopolista por parte do vendedor. Nesse caso é possível que o vendedor ou grupo de vendedores se interesse em adquirir o comprador para eliminar o empecilho ao exercício do seu poder e diminuir os custos das transações. Assim sendo, a concentração vertical é tanto mais perigosa quanto mais indícios existam de acordo (expresso ou tácito) entre os vendedores sobre preço ou quantidade produzida. Nessa situação é possível que a aquisição do distribuidor por um dos vendedores venha a beneficiar a todos, em detrimento do consumidor.

A conclusão só pode ser, portanto, pela necessidade de controle preventivo das concentrações verticais. A concentração vertical traz, em si, potenciais ameaças à ordem concorrencial, que devem ser levadas em consideração. As concentrações potencialmente danosas ao sistema concorrencial não são, porém, só aquelas que acarretam, em determinado nível do setor em análise, riscos para a ordem concorrencial. Mesmo uma concentração vertical que atinja, em qualquer ou ambos os níveis horizontalmente considerados (v.g., produção e distribuição), graus de concentração inferiores aos requeridos para o controle das concentrações horizontais deve ser submetida a controle. Nesse ponto andou bem o legislador brasileiro ao sujeitar a controle (art. 88) os atos de concentração em que pelo menos um dos participantes “tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de Reais)” e pelo menos um outro participante “tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de Reais)”. A utilização pela lei de ambos os critérios como alternativos, e não como substitutivos (leia-se: o critério do faturamento, caso não seja possível utilizar o critério da participação no mercado, ou caso esse leve a resultados dúbios), permite submeter a controle também aquelas concentrações verticais que não atinjam o nível de participação requerido em qualquer dos níveis

horizontalmente considerados. Pelas razões vistas acima, o controle desse tipo de concentração é indispensável sobretudo nas situações de oligopólio.

Evidentemente, também o critério do faturamento não é perfeito. Tem o seriíssimo defeito de se basear na grandeza em si. É muito provável que concentrações verticais relevantes escapem de sua aplicação. Mas é improvável que concentrações relevantes escapem concomitantemente de sua aplicação e do critério alternativo de participação em ao menos 20% do mercado relevante. Ambos os critérios se completam mutuamente.

É importante deixar claro mais uma vez que o critério da participação no mercado relevante é aplicável tanto às concentrações horizontais como às verticais, e até à formação de conglomerados. Como visto no subitem 1.2.6, a lei brasileira não exige que a participação de 20% seja alcançada através do ato de concentração. Basta que a concentração implique tal participação no mercado (v. art. 36, § 2º). Assim, qualquer concentração, vertical ou horizontal, ou formação de conglomerados em que um dos participantes *passe a deter* ou, mesmo, *já detenha* 20% do mercado relevante está sujeita a controle pelo CADE.

Como visto acima, a justificativa teleológica para essa interpretação não está na preexistência do poder no mercado. A sanção a situações presentes de poder no mercado é feita através da disciplina dos comportamentos, e não da disciplina das estruturas.⁵⁴ A razão para o controle da formação dessas estruturas está, portanto, no risco adicional para o sistema concorrencial decorrente do aumento do poder no mercado, seja através da concentração horizontal, da concentração vertical ou da formação de conglomerados.

1.3.3.2 A eficiência nas concentrações verticais – O que foi dito auxilia não apenas na definição dos *critérios de identificação* da concentração vertical que se deve sujeitar a controle, mas também de seus *critérios de sancionamento*.

A aplicação dos critérios de sancionamento definidos no capítulo anterior torna-se mais fácil quando se tem noção dos pontos críticos a serem focalizados. Como visto no item anterior, com respeito à extensão

54. Como se verá abaixo, a única hipótese justificável de intervenção na estrutura do agente que já detém poder no mercado ocorre quando da repetição dos comportamentos ilícitos. Trata-se, em última análise, também de um controle dos comportamentos.

da limitação à concorrência (primeira parte da regra da razão formulada nesta Parte II, Capítulo II), pontos críticos nas concentrações verticais são as barreiras à entrada e a situação estrutural do mercado (oligopolizado ou não). O montante em si da participação, também aqui, assim como na determinação dos critérios de identificação, é de relevância apenas secundária. E isso exatamente porque se trata de concentração vertical.

Resta indagar das justificativas para a aquisição do poder no mercado, em especial daquela mais importante tratando-se de concentração: a eficiência.

A análise da eficiência nas concentrações verticais é bastante interessante, pois nela se verifica – talvez mais do que em qualquer outra área – a superação de premissas fundamentais da Escola de Chicago. Deve-se dizer, aliás, que, paradoxalmente, é a superação de algumas das premissas da Escola de Chicago que permite, ao menos em teoria, uma posição mais permissiva em relação às concentrações verticais.

Era sobretudo a concentração das atenções na eficiência alocativa (e na sua necessária compensação pela eficiência produtiva) que criava as maiores dificuldades à aceitação das concentrações verticais. As concentrações verticais, via de regra, não são criadoras de economias de escala. Não há um aumento de produção por força da junção ou da melhor divisão do trabalho entre duas diferentes unidades produtivas.

As concentrações verticais só podem encontrar justificativa a partir de uma análise dos custos das transações (*transaction costs*). O estudo original e clássico a respeito desses custos é do economista norte-americano R. Coase, que, em trabalho que lhe valeu o Prêmio Nobel de Economia,⁵⁵ os definiu e descreveu. São eles, basicamente, os custos de realizar uma transação no mercado ao invés de realizá-la no interior da empresa. Assim, por exemplo, a matéria-prima comprada de um fornecedor no mercado ao invés de produzida pela própria empresa. Como sugere o autor, esses custos consistem, basicamente, na incerteza que caracteriza as relações de mercado. Incerteza que se estende desde os preços até a natureza e características do produto a ser fornecido.⁵⁶

55. R. Coase, "The nature of the firm", *Economica* 4/386, novembro/1937, reproduzido em R. H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1988, p. 33.

56. R. Coase, "The nature of the firm", in *The Firm, the Market and the Law*, cit., pp. 38 e ss. Essa concepção consagrada de Coase (a ponto de, como é sabido, ter-lhe valido o Prêmio Nobel de Economia) foi recepcionada pelas *Merger Guidelines* norte-americanas. Nelas é feita referência expressa a problemas das concen-

O elemento de mais difícil determinação é exatamente o preço relativo de cada produto. Sobretudo quando comprador e vendedor não se encontram em mercados concorrenciais, a definição dos preços pode levar a impasses. A determinação das características do produto é motivo de preocupação sobretudo naqueles contratos de longa duração. Neles, frequentemente, o vendedor se nega a especificar com precisão as condições (inclusive de preço) em que o produto virá a ser fornecido no futuro. Essas incertezas são bastante inconvenientes para o comprador que quer planejar sua atividade econômica. Em consequência, é a eliminação das incertezas que incentiva o empresário a organizar essas atividades internamente à empresa. Coase, aliás, define o próprio conceito econômico de “firma” a partir do feixe de relações que nela se verifica.⁵⁷ Na firma as transações são comandadas pela organização empresarial, e não pelo mercado, e a firma será tanto maior quanto mais interessante for para o empresário substituir as transações de mercado por transações internas. Como observa a doutrina, essa situação de incerteza com relação aos preços pode ser aproveitada de outro modo. A concentração vertical, com efeito, pode ser utilizada como forma de escapar à regulamentação governamental de preços. Imagine-se, por exemplo, um distribuidor que tem seus preços regulados e adquire o produtor. Imagine-se, ainda, que, dada a relevante participação do produtor no mercado, se torne muito mais difícil para as autoridades determinar o preço de mercado da venda ao distribuidor daquele tipo de produto. Será, então, muito mais difícil ter acesso e confiança na estrutura de custos fornecida pelo agente sujeito à regulamentação (o distribuidor) e, portanto, muito mais difícil controlar seus preços. No sistema norte-americano a preocupação com esse tipo de situação é tanta, que as *Merger Guidelines* de 1984 (nesse ponto

transações verticais diretamente ligados a *transaction cost economics* (v., a respeito, O. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985, pp. 101 e ss.).

57. Assim define R. Coase a *firma*: “A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur” (“The nature of the firm”, cit., in *The Firm, the Market and the Law*, pp. 41-42). Mais acima Coase havia já previamente definido o caráter particular do “contrato” pelo qual os fatores de produção se submetem à direção empresarial, em forma bastante original para a época (ao menos na literatura econômica tradicional) e que antecipa evoluções ulteriores do direito societário: “The contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of an entrepreneur within certain limits. The essence of the contract is that it should only state the limits to the powers of the entrepreneur. Within these limits, he can therefore direct the other factors of production”.

não modificadas pelas *Merger Guidelines* de 1992) dedicam um tópico especial à “Evasion of Rate Regulation” (item 1.2.3). Ali afirma-se que não só os custos do produtor podem ser mascarados para dificultar a supervisão dos preços do distribuidor, mas também os preços do produtor podem ser até ficticiamente elevados para evitar a referida supervisão. Assim, determina-se que as concentrações verticais em mercados regulamentados sejam objeto de especial cuidado.

Na verdade, isso nada mais é que um sintoma de um problema maior. Trata-se da enorme assimetria de informação criada pela concentração vertical.

Esse problema representa, por assim dizer, o outro lado do teorema de Coase. Se as relações verticais geram, de um lado, custos de transação, estes mesmos custos são fonte de informação preciosa para os agentes não envolvidos na transação. Consumidores e mesmo concorrentes podem inferir e descobrir elementos de preço e quantidade produzida, fundamentais para suas decisões.

Dai por que os custos de transação solapam o poder de mercado de quem neles incorre.

É preciso, então, que o direito antitruste procure equilibrar estímulo e repressão a estruturas que se propõem a eliminar esses custos.

De um lado, ao direito antitruste não cabe observar passivamente esse crescimento vertical da empresa. Devem-se estabelecer limites. Mas, ao estabelecê-los, deve levar em conta as eventuais economias representadas pela substituição de custos de transações externas. Consequentemente, a avaliação da defesa baseada na eficiência deve ter como objeto inicial a determinação daquelas situações em que as transações externas implicam efetivamente um custo tão alto para o agente econômico a ponto de impedir a realização da operação. A doutrina econômica identifica esse tipo de situação em todos aqueles casos em que a especificidade dos fatores produtivos torna produtor e consumidor reciprocamente relevantes.⁵⁸ Mas não é só isso. É preciso que a dependência seja de tal ordem que impeça a realização de transações; isto é: na prática, trata-se de uma situação de monopólio (ou quase monopólio). A dependência mútua entre fatores produtivos pode ocorrer em várias situações. Em primeiro lugar, quando há proximidade física entre fornecedor de insumos e produtor, de modo a tornar comparativamente muito mais custoso vender o insumo no mercado. O mesmo ocorre naqueles

58. Cf. O. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, cit., pp. 90 e ss.

casos em que o insumo é específico para aquele tipo de indústria, e para a produção daquele tipo de insumo é necessário o desenvolvimento de maquinário específico ou treinamento particular da mão de obra. Nesses casos, o produtor do insumo pode carecer de incentivo para aumentar a produção, e com isso obter ganhos de escala (para ele e para o consumidor do insumo). Mesmo que o faça, é possível e provável o impasse com relação à determinação de preços. A fixação de preços fora do ponto de equilíbrio de mercado pode também impedir a obtenção de economias de escala pelo produtor do insumo e do produto final.

Juridicamente, esses casos podem ser compreendidos como situações de poder bilateral. Todos os casos citados, de dependência bilateral, envolvem situações em que, ou pela especificidade dos produtos ou pela localização geográfica, comprador e vendedor gozam, um com relação ao outro, de situação de poder no mercado. Ora, como visto anteriormente, um dos resultados da teoria do poder bilateral, também denominado “poder compensatório”, era exatamente um potencial resultado benéfico para o consumidor final, que permitiria aprovar mesmo concentrações horizontais que implicassem grau elevado de poder no mercado. Como compatibilizar essas duas interpretações?

A resposta é óbvia, e mais uma vez determinada pelos interesses do consumidor. Toda vez que das relações anteriores das partes for possível determinar que o custo elevado das transações impede a obtenção de economias de escala e escopo, ao tornar o equilíbrio de preços instável, a concentração se justifica. Imagine-se, por exemplo, aqueles casos em que divergências de preços levam a diminuição da produção de insumos e aumento dos preços dos produtos finais. Assim, também, caso se note um marasmo tecnológico e uma não disponibilidade de investir em ambas as indústrias cuja ocorrência se possa razoavelmente atribuir a incertezas provocadas pelos altos custos das transações no mercado. Inversamente, caso se observe que o poder no mercado é efetivamente compensatório e que seu resultado prático é um preço de equilíbrio próximo aos preços competitivos, evidentemente, a defesa da eficiência através da eliminação de custos de transações não encontra sustentação lógica. Nesse caso, a concentração serviria apenas para a eliminação de um comprador inconveniente e os custos de transação são, mais que tudo, importante elemento de informação para o mercado.

1.3.4 A formação de conglomerados

A formação de conglomerados é uma forma residual de concentração, ou seja: considera-se formação de conglomerado toda integração

entre empresas que não pode ser classificada como concentração horizontal ou vertical.

Ela apresenta, em consequência, todos os problemas clássicos dos tipos residuais: dependência da *fattispecie* em relação às hipóteses limítrofes e dificuldade na definição da disciplina.

No caso da formação de conglomerados esse problema é agravado pela grande contestação doutrinária à necessidade de controlar a formação de conglomerados do ponto de vista concorrencial.

Argumenta-se que a formação de conglomerados não pode representar perigo para o sistema concorrencial, pois não há formação de poder no mercado. Situando-se duas empresas em mercados distintos e sem nenhuma correlação entre si, a formação de conglomerado entre elas não criaria nem aumentaria o poder no mercado, e, portanto, deveria ser desconsiderada pelo direito antitruste.⁵⁹

Duas são as reações necessárias a esse tipo de crítica. Em primeiro lugar, é necessário verificar se realmente não existe qualquer caso em que a formação de conglomerados pode levar ao aumento do poder no mercado. Em segundo, é preciso compreender e discutir os argumentos daqueles que defendem o controle e o sancionamento de determinados tipos de formação de conglomerados mesmo em ausência de poder no mercado. É o que se fará a seguir.

Para o sistema brasileiro o estudo da formação de conglomerados é de especial importância. Como já visto com relação às concentrações verticais, a utilização do critério da quantidade de faturamento como forma de identificação (art. 88) submete a controle todos os tipos de concentração, inclusive a formação de conglomerados.

1.3.4.1 Os conglomerados com poder no mercado – Os casos mais frequentes de formação de conglomerados tratados em jurisprudência e doutrina são exatamente aqueles em que se identifica a formação ou incremento do poder no mercado. Trata-se de casos limítrofes com as concentrações horizontais e verticais.

59. Cf. R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., p. 246, que, bem a seu estilo (popular ou, talvez, populista), afirma: “Perhaps no more disheartening evidence of antitrust’s intellectual decline can be cited than the government’s demons-trated ability to win conglomerate cases without ever advancing a plausible economic argument. Basic analysis shows that there is no threat to competition in any conglomerate merger, and it is good that the campaign against conglomerates has abated”.

O primeiro deles é o das concentrações que envolvem potenciais concorrentes ou fabricantes de produtos potencialmente substitutos. A utilização em ambos os casos do termo “potencial” visa a destacar exatamente que não é possível formalmente incluir esses produtores no mesmo mercado, mas existe a perspectiva de que eles possam vir a integrar o mercado.

Essa perspectiva pode ser tanto *objetiva*, e consistir na existência de planos concretos de expansão ou diversificação das atividades, ou *subjetiva*, ou seja, derivar do temor existente entre os concorrentes e da concreta consideração em seu planejamento empresarial da possibilidade da entrada desses novos concorrentes no mercado. O tratamento dessa última hipótese entre os casos de formação de conglomerados explica-se. Como anteriormente mencionado (nesta Parte II, Capítulo I, subitem 2.1), a consideração do concorrente no planejamento empresarial não permite concluir que ambas as empresas estejam no mesmo mercado. Daí por que essa hipótese é tratada entre os casos de formação de conglomerados.

Segundo a primeira linha teórica acima desenvolvida, para caracterizar-se a possibilidade efetiva de entrada não é necessário demonstrar a existência de planos de expansão e/ou diversificação. Essa prova seria, em muitos casos, impossível, e equivaleria a uma opção incondicional pela licitude da integração entre empresas. É possível presumir a iminência da entrada no mercado desde que a empresa goze de vantagens comparativas ou de custos ao fazê-lo. Exemplo claro é o do agente econômico cujos fatores de produção são facilmente conversíveis, adaptáveis ou até mesmo complementares à produção daquele determinado produto. É preciso, portanto, que o agente econômico goze de vantagens comparativas em caso de entrada no mercado.⁶⁰

Já, na hipótese de aplicação do critério subjetivo a perspectiva dos concorrentes é fundamental. Isso porque a possibilidade da entrada de um novo concorrente, desde que real e iminente, exerce pressão sobre os demais participantes do mercado. Mesmo detendo posição de poder no mercado, eles sabem que não podem aumentar os preços excessivamente, sob pena de perderem mercado com a entrada do novo concorrente.⁶¹

Não basta, no entanto, a presença dos elementos objetivos e subjetivos. É necessário, também, que se verifiquem todas aquelas condições

60. É esse o critério utilizado pelas *1984 Merger Guidelines* do Departamento de Justiça Norte-americano, em seu item 4.133.

61. Cf. R. Pitofsky, “Proposals for revisited United States merger enforcement in a global economy”, *Georgetown Law Journal* 81/195, 1992 (p. 202).

que tornam ilícitas as concentrações horizontais. Se as concentrações que implicam formação de conglomerados não podem ser definidas como horizontais, elas produzem, na concepção tradicional, efeitos horizontais.⁶² Assim, para que delas se possa inferir real dano à concorrência é necessário que a entrada dos concorrentes possa implicar real melhoria nas condições de concorrência. Caso contrário, tratando-se de mercado já competitivo, nada há a temer em função da eliminação de um concorrente potencial. É, finalmente, necessário que existam barreiras à entrada, ou seja, que em ausência desse competidor potencial não se possa presumir a entrada de outros, ou ao menos não em número e quantidade suficientes para tornar o mercado competitivo.

A mera enumeração das condições demonstra a dificuldade de caracterizar a hipótese ilícita. Não é de espantar, portanto, sua quase incoerência na jurisprudência recente.⁶³

A outra hipótese de formação de conglomerados que pode aumentar o poder no mercado é aquela que se aproxima das concentrações verticais. Seu objetivo é combater o risco do chamado *reciprocal dealing*. Trata-se de hipótese em que determinado concorrente adquire produtor de insumo necessário a seu fornecedor direto. Na prática, o que ocorre é uma concentração no sentido vertical, em que os participantes não se encontram em níveis imediatamente sucessivos, existindo um nível intermediário entre eles. A preocupação aí é exatamente a pressão que podem vir a sofrer empresas desse nível intermediário no sentido de adquirir a matéria-prima da empresa adquirida pelo seu consumidor direto.⁶⁴

Essa possibilidade, ainda que teoricamente admissível, obviamente não pode ser presumida. Não existe, ao contrário das concentrações verticais, qualquer base empírica ou teórica para presumir esse tipo de comportamento por parte do vendedor. Não é possível, portanto, admitir qualquer medida estrutural contra tal tipo de concentração, mesmo que ambas as empresas preencham os requisitos que caracterizam a ilicitude das concentrações verticais.

62. Nas *1984 Merger Guidelines* esse tipo de concentração vem tratado sob o título “Horizontal Effect from Non-Horizontal Mergers”.

63. V., para uma descrição da situação jurisprudencial a respeito nos Estados Unidos da América, R. Pitofsky, “Proposals for revisited United States merger enforcement in a global economy”, cit., *Georgetown Law Journal* 81/202. E, para uma descrição da situação na Alemanha, V. Emmerich, *Kartellrecht*, München, Beck, 1988, p. 378.

64. Cf. V. Emmerich, *Kartellrecht*, cit., p. 379.

Isso não significa que o comportamento temido não se sujeite a controle. Ao contrário, caso a empresa compradora vincule a compra dos produtos de seu fornecedor à aquisição por esse último de insumos perante a empresa a ela ligada, tratar-se-á, nada mais nada menos, de um caso de *tying arrangement* (ou “venda casada”). A única diferença que de modo algum afeta a licitude da conduta é que nos *tying* clássicos existe vinculação entre a venda de um produto com relação ao qual o produtor goza de poder no mercado e a venda de outro. Aqui há vinculação entre a compra de um produto e a compra de outro. A lógica econômica é, no entanto, idêntica. Na lei brasileira a ilicitude de tal conduta decorre diretamente da letra do art. 36, § 3º, XVIII, da lei concorrencial.

A disciplina mais conveniente para esse tipo de hipótese é, portanto, comportamental, e não estrutural. A própria equiparação aos *tying arrangements* dá muita credibilidade a essa afirmação. Isso porque, proibindo-se esse tipo de formação de conglomerados, dever-se-ia, por questão de coerência, proibir um produtor que detém poder no mercado de fabricar novo produto que possa ser vendido conjuntamente com o primeiro, com base na ameaça de *tying*. Tratar-se-iam, ambas, de medidas estruturais contra situações potencialmente perigosas. A evidente ausência de lógica ou coerência nessa última presunção corrobora a inaceitabilidade da primeira proposição.

1.3.4.2 Poder financeiro e poder no mercado – Resta, ainda, analisar a mais pura e também mais controvertida hipótese de formação de conglomerados. Trata-se da concentração entre empresas situadas em setores completamente distintos e que de modo algum podem se relacionar.

Nesses casos, a única justificativa plausível para a contestação desse tipo de concentração do ponto de vista concorrencial é o aumento do poder financeiro dos agentes econômicos. A pergunta é, então, se tal dado é suficiente para sancionar esse tipo de concentração.

A resposta, como já visto nesta Parte II, Capítulo I, é uma negativa qualificada. O poder financeiro, em si, não atribui poder no mercado, mas isso não significa que a má utilização do poder financeiro não deva ser punida pelo direito antitruste.

O maior perigo representado pelo excessivo poder financeiro está na sua utilização estratégica. Um dos campos mais férteis da teoria concorrencial moderna é exatamente o estudo dos comportamentos estratégicos. É indiscutível que elemento fundamental para o comportamento estratégico é o poderio financeiro do agente, que lhe permite enfrentar

guerras de preços e suportar por períodos mais elásticos níveis de preços inferiores aos custos, possibilitando a eliminação dos concorrentes do mercado.

Esse tipo de ameaça deve, no entanto, ser enfrentado através do controle dos comportamentos, e não de um controle estrutural. Como visto na Parte I, o direito concorrencial contém instrumentos direcionados exclusivamente à proteção dos concorrentes (e não dos consumidores) contra comportamentos abusivos de seus pares. Trata-se dos delitos de concorrência desleal, para os quais é desnecessária a existência de poder no mercado. No sistema brasileiro há dispositivo específico que sanciona tal tipo de comportamento (art. 36, I, da lei concorrencial).

É indubitável que o poder financeiro em muito aumenta a possibilidade de comportamentos estratégicos abusivos tendentes à eliminação do concorrente. Não é, no entanto, possível saber de antemão se o poder financeiro será efetivamente utilizado para eliminar os concorrentes do mercado. Isso porque esse tipo de estratégia é, em regra, demorado e de resultados duvidosos. É, portanto, incerto que as empresas venham a perseguir tais objetivos.

Note-se, por outro lado, que mesmo a análise comportamental das reduções de preços é bastante complexa. Nem sempre é possível, à vista de comportamentos concretos, saber se há a intenção ou, mesmo, a possibilidade de eliminar os concorrentes. Como, então, presumir a possibilidade dessa eliminação em sede de uma análise meramente estrutural como é a realizada nas concentrações?⁶⁵

É interessante notar que mesmo expressivos nomes na doutrina – como é o caso de E. J. Mestmäcker –, que defendem o sancionamento do poder meramente financeiro como meio de garantir a igualdade de oportunidade entre os empresários, ao chegar o momento de definir os casos considerados ilícitos utilizam-se exclusivamente de casos que podem ser definidos como concentrações horizontais ou verticais, isto é, onde o poder no mercado está efetivamente presente (v. item anterior).⁶⁶

65. Como, com razão, já se salientou em doutrina, seria muito estranho o direito concorrencial que punisse preventivamente e *per se* uma estrutura apta a reduzir os preços, que é, em última análise, objetivo central do sistema concorrencial (v. R. Pitofsky, “Proposals for revisited United States merger enforcement in a global economy”, cit., *Georgetown Law Journal* 81/203).

66. Cf. E. J. Mestmäcker e U. Immenga, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar (GWB Kommentar)*, cit., 2ª ed., sub § 24, p. 1.109. Note-se que é o próprio autor a fazer a ressalva de que “einer der wesentlichen Gründe für die Fusionskontrolle darin besteht, diejenigen marktbedingten Vorsprünge im

É importante ressaltar que com isso não se quer, de modo algum, diminuir ou desconsiderar a ameaça, talvez sobretudo política, representada pela excessiva concentração de poder financeiro. Não é possível, no entanto, definir o controle estrutural do direito concorrencial a partir exclusivamente dessas preocupações políticas, sobretudo quando desacompanhadas de uma ameaça econômica (concreta). Até porque, tratando-se de poder meramente financeiro, inexistente a ameaça ao sistema concorrencial, a preocupação mais relevante deve ser com a formação de riqueza propriamente dita, e não com sua destinação (recorde-se o óbvio: a aquisição de uma empresa não cria riqueza, só lhe dá uma destinação especial). Até porque o instrumento mais coerente para limitar a formação de riqueza é o direito tributário, e não o direito concorrencial.⁶⁷

2. Estruturas jurídicas

2.1 Introdução

A principal estrutura legal de criação de poder econômico dos tempos atuais é, sem dúvida, a *patente*. É preciso, portanto, compreender sua origem e sua função econômica para poder analisar criticamente seu significado como estrutura jurídico-econômica concentradora

Os antecedentes remotos das patentes já são encontrados no *Ancien Régime*. Ali se concediam privilégios aos inventores não para incentivá-

Wettbewerb zu verhindern, die durch Verhaltensnormen nicht erfassbar sind" ("Uma das mais importantes justificativas para o controle das concentrações está na possibilidade de proibir a obtenção de vantagens concorrenciais decorrentes do poder no mercado que não podem ser convenientemente coibidas pelas normas de conduta") (p. 1.106). Pouco claros permanecem os motivos pelos quais os autores acreditam que essa eventual vantagem concorrencial ou, ao menos, a vantagem concorrencialmente punível, não seja passível de controle pela disciplina dos comportamentos.

67. Pacífica na teoria tributária é a existência de um princípio social (*Sozialprinzip*) a orientar a aplicação das regras e que está por trás, em particular, do princípio da progressividade tributária. V., a respeito, K. Tipke, *Steuerrecht, ein systematischer Grundriss*, 11ª ed., Köln, Karl Schmidt, 1987, p. 41 (p. 42), para quem "Der progressive Tarif ist Ausfluß des Sozialstaatsprinzips, nicht des Leistungsfähigkeitsprinzips" ("A tarifa progressiva é decorrente do princípio do Estado Social, e não do princípio da eficiência"). No sistema brasileiro a vinculação entre princípio social e progressividade tributária é claramente estabelecida pela CF, em seu art. 145, § 1º: "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à Administração Tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

-los à pesquisa e ao progresso científico, mas porque se entendia que desempenhavam um ofício no interesse público. Os mestres de ofício desempenhavam verdadeiro ofício público, que era exatamente o de ensinar os aprendizes. Não é à toa que os períodos de privilégio são exatamente múltiplos dos prazos de aprendizado nas guildas. Serviam, portanto, para garantir a utilização exclusiva e proteger aquela guilda enquanto os aprendizes eram treinados na fabricação do produto sob privilégio.

Essa origem remota justifica, portanto, plenamente a visão das patentes como um monopólio legal, excepcional em relação a qualquer regra concorrencial. Também na Baixa Idade Média o mercantilismo reinante influencia a conformação do direito das patentes. A patente serve quase como certificação de qualidade estatal nas distantes Colônias.⁶⁸

Com o fim do *Ancien Régime*, no entanto, a função econômica do sistema da patente sofre uma revisão profunda. Essa revisão é decorrência direta dos princípios, transformadores da organização do trabalho e da produção, introduzidos pela Revolução Industrial.

Central nessa nova ordem é a quebra do poder dos corpos econômicos e políticos intermédios, objetivando o fortalecimento do Estado. A quebra dos monopólios das guildas, a liberalização do exercício de qualquer profissão e, conseqüentemente, a liberdade de competição ganham, então, relevo fundamental.

Essa mudança no cenário econômico induz intensas transformações no fundamento econômico e, a médio prazo, na disciplina jurídica tanto da patente quanto da marca.

Em cenário econômico dessa forma transformado perde sentido a justificação das patentes com base nos velhos privilégios medievais. Ganha enorme significado, por outro lado, o estímulo à criatividade e à invenção. Num mundo de livre competição esse é o elemento fundamental para o estímulo individual e o progresso econômico. Surgem nessa época, então, as leis tendentes a proteger as patentes. Uma das primeiras delas é a lei francesa de 1791 que atribui aos inventores os chamados *brevets d'invention*.⁶⁹

Seguem-se no século XIX numerosas outras legislações que preveem e consagram os privilégios de invenção. Durante todo o século XIX o grande problema, ainda resquício do sistema corporativo, é o do

68. Cf. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, vol. II, München, Beck, 1989, p. 160.

69. Cf. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, cit., vol. II, p. 160.