

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**RICARDO SENE OLIVEIRA VIDIGAL**

**O CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE  
CONTRATAR X LIVRE CONCORRÊNCIA – O CASO SCHINCARIOL  
X AMBEV JULGADO PELO CADE**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**ORIENTADOR: PROF. DR. GUSTAVO ASSED FERREIRA**

**RIBEIRÃO PRETO**

**2013**



**Universidade de São Paulo**

**Ribeirão Preto**

**O conflito de princípios constitucionais: liberdade de contratar x livre concorrência – O caso Schincariol x AmBev julgado pelo CADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Gustavo Assed Ferreira

**Ribeirão Preto**

**2013**



**Banca examinadora:**

**Orientador:**

---

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

---

---



*Aos meus amigos, por todo apoio e companheirismo durante  
esses anos;*

*Aos meus irmãos da República Ambrosia, pelos inúmeros  
momentos inesquecíveis;*

*Aos meus pais, por todo o esforço e amor.*



**“Tudo é enredo na mente de um compositor”.**

*- Diogo Nogueira*



## **SUMÁRIO**

1 – INTRODUÇÃO .....	15
2 – A ORDEM ECONÔMICA .....	17
3 – O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONTRATAR.....	21
4 – O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	24
5 – O DIREITO CONCORRENCEIAL .....	30
5.1 – O Controle das Condutas ou Controle dos Comportamentos.....	34
6 – A LEI N° 8.884/98 – NORMA CONTRA INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA .....	40
7 – O CADE.....	45
8 – O CASO DA AMBEV .....	52
8.1 O estabelecimento de exclusividade e seus danos à livre concorrência .....	53
8.2 - A elevação das barreiras de entrada decorrente da exclusividade .....	57
8.3 - As exceções permissivas de exclusividade .....	60
8.4 - A decisão .....	62
9 - CONCLUSÃO .....	65
10 – BIBLIOGRAFIA .....	69



## 1 – INTRODUÇÃO

A história comprova que o poder econômico sempre foi o alvo principal da ambição daqueles que lutavam pelo poder. Ou melhor, ele sempre ditou a quem este pertenceria. Exatamente por isso guerras foram travadas, casamentos arranjados e mundos explorados. Tudo para elevar sua influência a outro patamar, tornando-se senhor, lorde, ou qualquer outra denominação que queira utilizar.

Ele, ao mesmo tempo em que ditava o poder, era visto com muito temor por aqueles que o detinham; preocupavam-se com novos concorrentes, fortes, poderosos, capazes de o reivindicar. Decorrente desse medo, ele começou a ser observado de perto.

A história, e sua evolução, por todos são conhecidas, e, infelizmente, não será merecedora de longas anedotas neste trabalho. Imprescindível se faz, porém, tecer alguns comentários, mesmo que breves.

Com a reestruturação da ordem, principalmente no mundo ocidental, formando-se os chamados Estados Absolutos, era necessário encontrar uma forma de limitar a relação poder e riqueza. Aquele só poderia pertencer a poucos. Assim, criaram mecanismos de intervenção na ordem privada das coisas.

Com o passar dos anos, alguns regimes sucumbiram, outras levantaram, e o mundo se viu polarizado em duas vertentes: o capitalismo e o socialismo, defendido por Marx.

O capitalismo de Adam Smith pregava a total liberdade de mercado, no qual as regras naturais do jogo o moldariam. O Estado, nesse ponto já sedimentado e consolidado, não interviria de maneira alguma, e as leis do mercado seriam soberanas na economia.

O resultado desse pensamento e como ele terminou é de conhecimento geral: o mercado se mostrou incapaz de se regular por si só; ficou evidente a necessidade de uma mão visível que ditasse as regras a serem seguidas pelos *players*.

Como consequência, como se verá mais adiante, normas começaram a ser promulgadas, leis começaram a aflorar para cuidar da eminente baderna.

Contudo, leis são expressões do tempo e espaço em que o legislador está inserido; são imutáveis, ao pé da letra. E, por outro lado, aqueles aos quais são destinadas não se conformam inteiramente pelo seu teor; é o seu entendimento que é alterado para acompanhar aqueles ideais.

Assim, começam a surgir embates entre o dispositivo legal positivado e prática comum, de modo que para resolvê-los é necessário não apenas o conhecimento aprofundado do que é ou não direito, mas uma percepção aguçada, capaz de entender a aplicabilidade da norma ao mundo real, de que a situação fática constantemente modifica-se, ao contrário do texto legal. Cabe, então, ao intérprete, condizer o entendimento legal da melhor maneira que o mundo ao qual está inserido pede: compatível com sua realidade, dizendo o que é ou não direito naquele momento, não à época em que a ordem legal foi emanada.

Portanto, é responsabilidade do julgador observar a aplicabilidade da lei no mundo que o envolve. Lei esta que, além de ser adaptada, expressa um dever-ser, um meio pelo qual o sistema a ela submetido deve se comportar. Ela reflete um modelo.

E é esse o caso proposto à exposição a partir de agora: a norma como refletora de um determinado sistema ou ideal, trazida à realidade para regular atitudes de seus legislados, preservando, acima de tudo, a estrutura geral e atual da sociedade em que se encontra.

## 2 – A ORDEM ECONÔMICA

Primeiramente, deve ser ressaltado que, ao contrário do que fazem vários doutrinadores, o presente estudo não tem a pretensão de fazer a diferença filosófica e ontológica entre as várias alcunhas que a expressão “ordem econômica” possa vir a sofrer ou significar; entender-se-á como conjunto de normas integrante de um todo – a ordem jurídica -, que visa à regulação da atividade econômica, a fim de definir um determinado modo de produção.

Ora, de outra maneira não poderia ser, posto que, ao partir da premissa que a ordem jurídica de um Estado é a sua própria Constituição, como lei maior, e tudo aquilo que a segue – as leis infraconstitucionais -, a ordem econômica, uma vez que é um capítulo daquela, nada mais é senão uma parte integrante do todo; uma fatia da pizza. E, de fato, assim o é devido ao sistema econômico adotado, o qual prevê regulação ou intervenção do Estado junto à economia, ou seja, prevê a atuação do direito na manutenção de uma *ordem*.

Faz-se menção ao “sistema econômico adotado”, pois a positivação de uma ordem econômica, tal qual como se estabelece hoje, só se deu com a superação do pensamento liberal econômico. Este, respaldado no pensamento de que o mercado se regula por si só, não admitia qualquer intervenção ou regulação pública; os agentes econômicos, por suas decisões e meios de atuação, definiam os rumos da economia. Bastava, portanto, para eles, a positivação da livre concorrência – premissa básica e a qual alterou o lado da força para aqueles que detinham o poder financeiro – e a proteção da própria propriedade privada.

Esta visão, contudo, pelas razões históricas por todos conhecidas, foi superada e a necessidade da regulação estatal no processo produtivo econômico se mostrou essencial.

Nesse sentido, ensina Eros Roberto Grau:

“A introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinente à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa – como venho afirmando – o desígnio de se a aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está compreendida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição social, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.”<sup>1</sup>

A proteção ao capitalismo, após sua evolução e passagem do liberal para o social, a que se refere o Ministro, só é possível uma vez que – necessário se faz este apontamento constitucional – a Carta Magna possui o caráter direutivo, ou seja, trata-se de uma Constituição *dirigente*.

Caso assim não fosse, sendo, portanto, na classificação usualmente utilizada, classificada como estatutária, em nada suas normas regulariam e direcionariam, atentando ao objeto do presente estudo, a atividade econômica. Pelo contrário. Serviriam – as normas – apenas como um estatuto regulador do processo, indicador de competências; um mero instrumento de governo. Não teriam o condão de indicar formas de atuação e fins a serem alcançados, pelo governo e pela sociedade, assim como não seria possível explicitarem um pensamento predominante e os meios de como o defender.

Outrossim, a existência de normas destinadas à ordem econômica, ou, em outras palavras, a “Constituição Econômica”, é essencial, pois é premissa básica para a manutenção e preservação de qualquer tipo de agrupamento social formado e baseado em torno de uma economia de mercado.<sup>2</sup>

Ademais, em que pese haver na Lei Fundamental um capítulo destinado à *Ordem Econômica*, imperioso é o apontamento de que, embora a grande maioria das normas que

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed, São Paulo, 2000, p.73

<sup>2</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, Malheiros, São Paulo, 1998, p. 15.

integram esse micro-sistema esteja disposta dentro do referido capítulo – arts. 170 e seguintes – há tantas outras esparsas pelo nosso ordenamento, tanto dentro da própria CF quanto em leis infraconstitucionais.

Portanto, a partir deste ponto, quando houver referência à *Ordem Econômica*, não se estará fazendo menção apenas àqueles dispositivos positivados dentro de uma sistemática constitucional, mas sim a todo o conjunto de norma que integra essa parte do todo.

Considerações feitas e, uma vez que o art. 170, da Constituição, tenha sido mencionado e, embora tenha sido dito acima que não haveria preocupação com a questão filosófica pertinente ao termo *ordem econômica*, uma em particular se faz mister discutir.

Dispõe o referido dispositivo:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”

O texto constitucional, conquanto faça menção, em sua escrita literal, ao mundo do ser da ordem econômica, em verdade refere-se ao *dever ser* da economia brasileira.

Fruto desse raciocínio é a conclusão de que a expressão “ordem econômica” ora empregada, não assim está como fora acima exposto – um micro-sistema, parte de um todo jurídico -, mas sim como *atividade econômica*, de tal sorte que, em uma releitura, pode-se perfeitamente dizer, em outras palavras, que a atividade econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos uma existência digna.<sup>3</sup>

A título de nota, relativamente a essa expressão – atividade econômica – não haverá aqui, tal qual foi ressaltado quanto à “ordem econômica”, diferenciação em seu

---

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed, São Paulo, 2000, p. 65 e ss.

significado, isto é, não se adentrará à questão semântica referente à utilização daquela expressão como gênero e espécie, uma vez não ser necessário ao deslinde da pesquisa.

A menção, indicada acima, quanto à “ordem econômica”, dentro do contexto do art. 170 da CF, ser sinônimo de “atividade econômica”, se fez necessária pelo fato de que aquela, como micro-sistema jurídico, é de suma importância ao estudo ora elaborado, vez que este cuida da sobreposição de um princípio constitucional frente a outro, *dentro de uma situação econômica*, e também pela importância do referido dispositivo dentro dessa análise, o qual, percebe-se facilmente, é o marco inicial de um subconjunto dentro da Constituição. Caso assim não fosse feito, a primeira expressão, aqui essencial, deteria duas denotações diferentes, e, de certa forma, totalmente distintas, o que, por ora, não pode ser aceito.

Findadas estas oportunas e imperiosas considerações acerca da ordem econômica prevista na Constituição de 1988, uma vez ser ela o arcabouço jurídico base à análise que estar por vir, frente ao caso concreto posto em tela, o próximo passo é o estudo mais detalhado dos dois princípios ora conflitantes, a livre concorrência e a liberdade de contratar, objetos fulcrais do presente estudo.

### 3 – O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONTRATAR

A liberdade de contratar com quem melhor lhe convir substancia um dos mais importantes bens jurídicos tutelado pelo ordenamento brasileiro, sendo, sem dúvida, premissa básica de liberdade de iniciativa.<sup>4</sup> O direito de se lançar no mercado e se tornar um competidor é universal e inerente ao sistema capitalista.<sup>5</sup>

A origem de tal expressão - vez que, antigamente, não havia essa liberdade -, está no édito de Turgot, mas ganhou destaque pleno no decreto d'Allarde<sup>6</sup>, de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, desde que pagasse o imposto que garantisse a patente.<sup>7</sup>

Em um primeiro momento - e aqui reside o erro -, há a impressão de total liberdade de mercado, sem qualquer sujeição ao poder público.

É justamente devido a esse raciocínio equivocado que, invariavelmente, a liberdade de contratar é confundida com a autonomia da vontade, cerne do direito privado. Consequência desse entendimento é a compreensão da primeira como sendo um instituto totalmente sujeito ao desejo particular do indivíduo agente econômico, conceito este que, na verdade, se aplica à segunda.<sup>8</sup>

Todavia, o reconhecimento de tal erro e sua correção são fatores essenciais ao desenvolvimento da atividade econômica, vez que, a partir de então, enquadrados no correto sistema em vigor, não estarão os agentes propensos a punições por suas ações prejudiciais ao próprio mercado.

<sup>4</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As condutas*. Malheiros, São Paulo, p. 246.

<sup>5</sup> CUELLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann, *Estudos de Direito Econômico*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 34.

<sup>6</sup> Estas leis enquadram-se no contexto revolucionário da França, no séc XXVIII, e foram promulgadas como meios de derrubar o Antigo Regime e preconizar o liberalismo econômico.

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed, São Paulo, 2000, p. 204.

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. Atlas, 6ª ed., São Paulo, 2006, p. 353

Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina haver uma limitação à liberdade de contratar pelo interesse e justiça social, definida pela Constituição, a qual impede a predominância de um pensamento egoísta e totalmente voltado ao lucro do empresário.<sup>9</sup>

Eros Graus, por sua vez, ensina que, segundo a atual Carta Magna, essa liberdade, no plano público, deve ser entendida como (i) faculdade de exercer, a título privado, atividade econômica, (ii) não sujeição ao Estado senão em virtude de lei e (iii) neutralidade dos órgãos estatais, quando há igualdade de condições; já no plano privado, ela (i) permite o exercício econômico, dentro de patamares lícitos, para captação de clientes e (ii) veda condutas prejudiciais ao mercado.<sup>10</sup>

Essa limitação, necessário dizer, em nada traz prejuízo à liberdade de contratar, ou até mesmo à livre iniciativa, como forma de expressão daquela. Ela visa à harmonia entre aquele direito e o interesse público.<sup>11</sup>

Do ponto de vista do direito civil, inclusive, o contrato deve respeitar sua função social, funcionando esta como delimitadora da autonomia da vontade dos pactuantes. Ou seja, tampouco na seara cível aquela aparente liberdade absoluta se faz presente. É o que dispõe o Código Civil.<sup>12</sup>

Ora, se de outra maneira fosse, e não houvesse esse cerceamento, o jogo econômico estaria a mercê dos mais poderosos, detentores de posição dominante, vez que, sem os limites a eles impostos, exerceariam sua posição abusivamente, convergindo para a formação de monopólios e oligopólios.<sup>13</sup>

Assim, imprescindível se faz a intervenção no Estado na limitação de tal liberdade, conforme será analisado no decorrer do presente trabalho.

<sup>9</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, 15<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1998, p. 760

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed., São Paulo, 2000, p. 205.

<sup>11</sup> CARVALHO JUNIOR, Itamar. *Constituição Federal de 1988: liberdade, regulação e concorrência*, in ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo. *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. Atlas, São Paulo, 2010, p. 121.

<sup>12</sup> Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>13</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: O Combate aos Cartéis*. Saraiva, 2 ed., São Paulo, 2009.

Essa intervenção, outrossim, é resultado do caráter dirigista da Constituição Brasileira e em nada prejudica o sistema adotado, como já asseverado acima. Pelo contrário: incentiva o sistema produtivo, sendo, portanto, simpática ao capitalismo.<sup>14</sup>

A liberdade deve, portanto, ser pregada com parcimônia, de modo que sua aplicação não supra outros direitos, principalmente na esfera coletiva.

Nesse sentido, aproveitando-se dos ensinamentos da área cível, prega Caio Mário que o segredo para a harmonização do querer individual e do coletivo, este defendido pelo poder público, está no encontro do equilíbrio entre suas vontades, de modo que ambas possam conviver pacificamente. De modo contrário, seriam danosas reciprocamente e abalariam o sistema jurídico.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed, São Paulo, 2000, p. 175-176.

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Livro de Reformulação da Ordem Jurídica e Outros Temas*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 156-157

## 4 – O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Como já dito anteriormente neste estudo, o princípio da livre concorrência insere-se no rol daqueles cuja garantia advém da própria Constituição Federal, estando ele expresso, decisivamente – tal qual o anterior -, no art. 170, IV:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

### IV – livre concorrência

A título de esboço histórico, é válido salientar que o termo “livre concorrência” não era expresso na Constituição anterior, o qual, de modo indireto, se depreendia do art. 160, V, que visava reprimir o abuso de poder econômico cuja atividade causasse a eliminação da concorrência.

Sua tutela, assim como sua previsão em texto constitucional, decorre do fato de ser a livre concorrência um princípio claramente fruto do sistema capitalista de produção, tendo como fim a aplicação da lei máxima da economia – da oferta e procura, a “Mão Invisível” de Adam Smith – de modo que os agentes atuantes no campo econômico possuam espaço para suas ações, com o fim de estimular a disputa entre eles na conquista de novos mercados e consumidores; parte do pressuposto de que a existência de uma força semelhante e atuante no mesmo campo, mas em lado oposto, provoque, estimule a inovação, resultando, assim, na melhora do produto final e, mais importante, nos benefícios aos consumidores.

Pode-se dizer, pois, ser a livre concorrência um fator econômico-social, de modo que ao mesmo tempo em que cuida do mercado, com sua oferta e procura, busca alocação de recursos visando ao binômio produtividade e eficiência.<sup>16</sup>

O fato de estar positivada é para evitar, por óbvio, que vetores contrários – que, por uma lógica econômica, e não matemática, tendem a crescer quando postos em contrapartida – unam-se, resultando em um super e único vetor, ou seja, em monopólio.

Ou seja, é ela a responsável pelo funcionamento positivo do sistema capitalista, ao passo que exige de cada *player* uma busca constante por desenvolvimento tecnológico e produtivo, bem como por melhorias quanto à acessibilidade, a fim de se estabelecer em um maior pedaço do mercado; é a responsável, pois, pela constante preocupação com o consumidor, fato este que não ocorreria em situações contrárias, como monopólio ou oligopólio.<sup>17</sup>

Cabe ressaltar neste ponto, contudo, um aspecto de grande relevância ao princípio da livre concorrência: ela nada mais é senão uma consequência natural do princípio da livre iniciativa, também expresso na Constituição Federal.

Assim se considera, pois as duas, ao mesmo tempo que são distintas entre si, se complementam: enquanto uma refere-se a liberdade de que um agente tem no campo de atuação, como, por exemplo, ao eleger o que produzir e os meios pelos quais realizar essa produção - tem liberdade quantos aos fins e os meios de os atingir -, a segunda cuida do dinamismo da economia, para definição de preços e conquistas da clientela, dentro de parâmetros predeterminados, sem uma intervenção direta pelo poder governamental.<sup>18</sup>

Em que pese o contexto histórico em que Miguel Reale defendeu esta tese – redemocratização do Estado brasileiro –, sua colocação é perfeita, ao apontar que, embora distintos, os dois princípios se complementam, de maneira que depreende-se que um é complemento do outro, e vice-versa.

<sup>16</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 269

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, vol. 7, São Paulo, 1990, p. 25.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Inconstitucionalidade de Congelamentos*, Jornal Folha de São Paulo, 19.10.88.

Ora, nada mais lógico, se pensar que em nada seria útil valorar e tutelar a livre iniciativa, ou seja, a possibilidade de vir a ser um *player*, um agente econômico, assumindo todos os riscos, se mecanismos capazes de proteger e ao mesmo tempo encorajar tal aventura não existissem.

Ambos – livre iniciativa e livre concorrência -, portanto, são complementares, de tal forma que um assegura a existência e eficácia de outro, pois, se assim não fosse, seriam vencidos facilmente pelo natural desenvolvimento do capitalismo: a formação de monopólios e oligopólios, derivados do poder de mercado, do abuso de poder pelo agente mais capaz e atuante, frente aos minoritários. Daí a necessidade de expressá-los em nossa Carta Magna: conceder ao Estado as ferramentas necessárias para preservação do próprio sistema capitalista, para que este não seja um fim em si mesmo, e, outrossim, exerça sua função de protecionismo social.<sup>19</sup>

A limitação da liberdade deve ser entendida como um conjunto de regras voltada à organização da esfera privada, vez que, embora limite, também direciona a atividade do interessado, mostrando-lhe a melhor opção de como agir. Da mesma forma a concorrência permite ao agente flutuar pelo mercado de acordo com seu arbítrio.<sup>20</sup>

E é exatamente por tais razões que a livre concorrência adquire posição de grande destaque no ordenamento econômico-jurídico: ela é a expressão máxima do próprio capitalismo, é sua pedra fundamental; decorre dela – e a partir de agora quando for mencionada também estará sendo a livre iniciativa – a ideia de que o desenvolvimento é resultado do conflito de *players* dentro de um mesmo mercado; de que a capacidade produtiva e a visão de mercado são elementos suficientes para consecução de um empreendimento de sucesso.

E mais, além deste caráter claramente capitalista e incentivador, ao mesmo tempo é o princípio que impõe os limites necessários para preservação deste modo de vida, desta política econômica, ao limitar as ações privadas, ou seja, ao instituir diretrizes estatais que inibem os atos anti-concorrenciais.

---

<sup>19</sup> DA SILVA, José Afonso. *A economia e o controle do Estado*. O Estado de São Paulo, 04.06.1989, p. 50,

<sup>20</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 270

Neste sentido, temos que a concorrência é a "pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico", dentro de uma disputa leal e lícita pelo mercado de consumo, amparada pela legislação antitruste promulgada pelo Estado.<sup>21</sup>

Por conseguinte, fica evidente o ponto em que, fundamentalmente, a livre concorrência se contrapõe ao princípio da liberdade de contratar – conflito objeto deste estudo.

Enquanto a liberdade de contratar pressupõe uma liberdade individual aparentemente desregrada, "ilimitada", sendo fato gerador de efeitos apenas no âmbito individual, a livre concorrência se posiciona como princípio liberal, porém regulamentador: a liberdade privada é delineada por normas públicas, claramente, de modo que restringe sua total incidência não apenas naqueles questões em que o objeto é ilícito – como é, por exemplo, na liberdade de contratar -, mas também em hipóteses em que a atitude, mesmo sendo lícita, tem como consequência danos gravosos a uma coletividade; é um princípio de direito público, voltado ao dinamismo e proteção do privado, mas com expressas regras públicas, de titularidade coletiva.

Em melhores palavras, mais uma vez citando o Ministro:

"A afirmação, principiológica, da livre concorrência no texto constitucional é instigante. De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. (...) De outra banda, é ainda instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional fartamente o confronta. A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – 'livre jogo das

---

<sup>21</sup> BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina Jurídica da Concorrência – Abuso do Poder Econômico*. Resenha Tributária, 1984, p. 119-120.

forças de mercado, na disputa de clientela' -, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é reiteradamente recusa da (...). O que se passa, em verdade, é que é outro, que não aquele lido no preceito por quantos se dispõem a fazer praça do liberalismo econômico, o sentido do princípio da livre concorrência. Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural. (...) Livre concorrência, então – e daí porque não soa estranho nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da livre iniciativa) –, significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública.

(...)

É que a liberdade de concorrência deve ser visualizada como elemento moderador do princípio da liberdade de comércio e indústria, e não como ratificador deste último. Não deve ser tomado, pois, como princípio negativo. Este sentido já é coberto pelo princípio da liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico). A liberdade de concorrência é, fundamentalmente, uma liberdade privada e se apresenta dotada de caráter positivo, expressando-se como direito a que o abuso (deslealdade) da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados. Esse o sentido sob o qual o

princípio é consagrado no plano constitucional, no inc. IV do art. 170 da vigente Constituição."<sup>22</sup>

Assim, fica claro o caráter notadamente privado do princípio da livre iniciativa, ao estimular a competição entre os vários agentes econômicos, sem, entretanto, esquecer-se de seu papel delimitador, sob o qual atua de forma a preservar justamente aquela liberdade.

Ou seja, ao mesmo tempo em que concede a estes *players* o direito de atuarem no campo econômico, concorrendo com outros semelhantes pelos melhores meios de produção e por maiores e melhores mercados, impõe-lhes limites – as chamadas normas antitrustes –, a fim de impedir que suas práticas agressivas destruam justamente a competição que ela proporciona. É, sem dúvida alguma, em uma análise finalista, um princípio protecionista do próprio consumidor, vez que este, na hipótese de apenas um ou poucos *players* jogarem este jogo, seria o maior prejudicado.

Ora, isto chega a ser óbvio, posto que a existência da competitividade, como comportamento decorrente da livre concorrência, é um mecanismo de proteção ao consumidor, o qual se beneficia pela distribuição dos recursos por diferentes produtores, competidores entre si, que utilizam-se do preço e qualidade do produto para atraírem compradores. Em outras palavras, a competição, ao contrário do monopólio, gera queda de preços, dando ao consumidor opções de escolha.

Por óbvio, há, nesse quadro social, graus diferentes do poderio destes vendedores, estabelecendo-se, assim, pequenos, médios e grandes agentes econômicos, pois não é pressuposto da livre concorrência a igualdade de seus agentes. Pelo contrário. Ela própria tem sua parcela de contribuição decisiva para o estabelecimento da pluralidade daqueles que atuam no mercado. Modernamente, é esta sua definição.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> GRAU, Eros Roberto. *Princípio da Livre Concorrência – Função Regulamentar e Função Normativa*. Malheiros, Revista Trimestral de Direito Público, 4/1993, São Paulo, p. 125-126.

<sup>23</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Economia e o Controle do Estado*. apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 5 ed, São Paulo, 2000, p. 212

## 5 – O DIREITO CONCORRENCEIAL

O Direito Concorrencial, nascido nos Estados Unidos, no final do sec. XIX, surgiu como uma ferramenta ao combate da crescente concentração e centralização do capital da época. Sua evolução teórica se deu com o passar dos anos, com a aparição de diferentes escolas e diferentes teorias<sup>24</sup>.

Contudo, em que pese as divergências ocorridas entre as diversas alas doutrinárias do século passado, um ponto é comum a todas, vez que em todas aparecem: a divisão desse direito quanto ao controle de condutas e controle das estruturas.

O primeiro procura coibir práticas consideradas prejudiciais à concorrência, por se configurarem pelo uso abusivo do poder de mercado, da posição dominante ou, ainda, consideradas como desleais.

O segundo - controle de estruturas - tem seu foco voltado para a preservação da multiplicidade dos agentes atuantes na economia, evitando a formação de monopólios e oligopólios, os quais, invariavelmente, levariam a uma desestabilização da harmonia proporcionada pela economia de mercado.

No Brasil, é possível falar que sua aplicação se tornou essencial a partir da redemocratização do país, no final da década de 1980, início da década de 1990, com a mudança de sua postura econômica, expressa na Constituição Federal de 1988 e suas emendas, com total destaque às privatizações, ao tirar do manto protecionista estatal enormes campos econômicos, tal como a telefonia, e deixá-los agir sob a incidência das leis de concorrência. Passou o Estado a atuar, a partir de então, em duas vertentes: na regulação e no controle da concorrência.

Necessário se faz neste ponto uma anotação, em que pese bastante claro que o ponto relevante ao presente estudo é a tutela da concorrência, e não a função reguladora do Estado.

---

<sup>24</sup> Os autores fazem um esforço histórico passando pelas diversas escolas doutrinárias do Direito Concorrencial e suas teorias, tais como a Escola de Harvard, de Chicago e de Freiburg. Todas, embora com peculiaridades específicas, defendem a necessidade de diluição econômica. MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 266.

A já citada superação do liberalismo clássico incorreu em ideias pelas quais o Estado passou a atuar de diferentes maneiras.

Se num primeiro momento, pós-liberalismo clássico, ele era agente econômico ativo, atuando diretamente na economia - como um *player* do jogo, através de empresas estatais nos mais diversos ramos -, em um segundo – o atual – estrutura-se enquanto agente orientador, normatizador e fiscalizador de determinadas atividades. Ou seja, após sua “aventura” no jogo mercantil, devolveu ao mercado as rédeas do jogo, sem, contudo, soltá-las por completo: manteve para si as funções de legislar sobre a disputa concorrencial pelo mercado, tornando “a mão de Adam Smith, visível”, bem como, em áreas estratégicas, permitiu-se ditar o campo de ação de empresas que nelas queiram atuar devem agir.

Estatuiu-se, dessa forma, o chamado Direito Econômico, o qual engloba o poder regulatório do Estado e o Direito Concorrencial, objeto de interesse da pesquisa, sendo um complementar ao outro, ao mesmo tempo que totalmente distintos.

Quanto a isso:

“De fato, tanto a elaboração (e consequente aplicação) de leis antitruste (a chamada regulação geral), bem como a disciplina de determinado setor econômico (a chamada regulação setorial) seriam manifestações regulatórias. Diferem tão só quanto ao grau de intervenção estatal necessária. Assevera Ruy Santa Cruz que conforme a gravidade da falha de mercado, variará a profundidade e intensidade da carga regulatória: menor na regulação antitruste (geral), e maior na regulação setorial. Semelhantemente, a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto: ‘a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência (...) variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos)’

Percebe-se que regulação (geral e setorial) e concorrência seriam, pois, institutos antagônicos: um entra em campo diante da ineficiência de outro. Contudo, o campo de incidência de um não deve ser

exagerado, a ponto de impedir a existência do outro. Trata-se dos limites constitucionais à atividade regulatória estatal, porquanto a regulação exceta a vigência da situação comum, de um mercado competitivo.”<sup>25</sup>

Findada essa pequena consideração – e ressaltada a clara vocação do presente projeto apenas para a tutela concorrencial -, é imperioso para o deslinde deste estudo uma atenção especial acerca de um ponto acima levantado: a separação existente entre controle de condutas e controle de estruturas.

A Constituição Federal, em seu art. 173, §4º, dispõe:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Para tanto - para reprimir os abusos econômicos e manter a livre concorrência -, é necessária a atuação da lei e dos órgãos julgadores em duas frentes, complementares entre si, as quais garantem o acesso à informação, preservando o pluralismo do mercado e, ao mesmo tempo, coibem o oportunismo, sancionando comportamentos estratégicos.<sup>26</sup>

Na primeira – controle de estruturas -, preocupa-se com a concentração empresarial, na qual haveria a diminuição dos agentes no jogo econômico pela compra dos mais fracos pelos mais poderosos; o sistema capitalista, caso não houvesse proteção, seria livre, havendo a extinção dos mais vulneráveis e a união dos mais fortes visando ao lucro máximo. Ocorreria, como reiterado inúmeras vezes, a formação de monopólios e oligopólios.

---

<sup>25</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 282-283

<sup>26</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2007, p.59

Essa preocupação se dá de tal forma, que a Lei Antitruste dispunha expressamente sobre ela em seu art. 54, § 3º:

“Art. 54: Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar à livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante vinte por cento de um mercado relevante (...”).

Um exemplo de concentração empresarial extremamente oportuno é o ato de fusão das cervejarias Brahma e Antártica, formador da Ambev<sup>27</sup> – parte do caso a ser analisado.

Nesse caso, em linhas muito superficiais, aconteceu a união das duas maiores produtoras de cerveja de então, a fim de terem forças para competir no mercado externo e dominar o mercado interno. Tanto foi assim, que, para que o CADE aceitasse sua fusão, a empresa foi obrigada a assinar um termo de compromisso de desempenho (TCD), pelo qual se sujeitou a diversas obrigações para proteção da concorrência.

Essa decisão, com certeza um marco na jurisprudência do CADE, acompanhou o pensamento doutrinário de então, ao passo que, em que pese observou o potencial danoso de uma concentração daquele porte, reconheceu o benefício aos consumidores - em última instância, os verdadeiros tutelados pela lei antitruste -, resultando na sua aceitação, mas sob um rígido controle.<sup>28</sup>

A ocorrência de fatos semelhantes, contudo, não é estranha ao Direito.

<sup>27</sup>

Ato de Concentração n. 08012.005846/1999-12

<sup>28</sup>

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2007, p.20

Com a mudança de postura no campo econômico adotada pelo governo a partir da redemocratização do país, abrindo as portas do país ao mercado externo, as empresas nacionais se viram em grande desvantagem frente às estrangeiras, pois o protecionismo brasileiro havia impedido seu maior desenvolvimento.

Inclusive, essa é uma das explicações que levou as produtoras de cerveja, então rivais, Brahma e Antártica, a se unirem e formar esta superpotência, a AmBev.

Por outro lado, ao se prepararem para o mundo externo, as empresas acabam por prejudicar o sistema econômico interno, pois a união de companhias detentoras do mercado interno, se de um lado cria uma capaz de competir no mercado externo, de outro cria um gigante nacional, inibidor de novas companhias e um empecilho para o crescimento das já existentes.<sup>29</sup>

Aliás, foi justamente este o motivo pelo qual o processo de fusão das empresas supracitadas foi levado à apreciação do CADE: as consequências negativas que traria ao mercado interno.

Desta forma, fica claro que uma das funções do Direito Concorrencial é coibir a concentração excessiva do mercado, uma vez que ela, ao ser analisada detalhadamente, trará mais prejuízos que benefícios à coletividade.

Ou seja, ao zelar pela concorrência, o direito impede que o poder de mercado siga seu curso natural – a formação de monopólios e/ou oligopólios – e se mantenha em um nível tolerável para uma sociedade fundada na livre iniciativa.

Estes termos – concentração empresarial e poder de mercado -, quanto ao controle das estruturas econômicas, podem ser considerados como os de maior relevância, vez que referem-se à própria essência do sistema capitalista de produção; são, certamente, causa e consequência recíprocas

Todavia, embora esta seja uma questão atrativa a uma discussão, não é o cerne do presente estudo. Preocupa-se, aqui, com a outra frente do Direito Concorrencial: o controle das condutas, o qual é merecedor de um item a parte.

## **5.1 – O Controle das Condutas ou Controle dos Comportamentos**

---

<sup>29</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 65

Neste ponto, tal qual foi feito anteriormente, não adentrar-se-á à discussão puramente teórica, como a aparição de várias escolas no pensamento econômico pós-Chicago, com a superação da visão unicamente voltada às estruturas e discussão das condutas. Vasta área doutrinária já cuidou do tema.<sup>30</sup>

Tampouco, e pela mesma razão, far-se-á sequer singelas considerações acerca da evolução histórica da tendência do Direito Concorrencial, da passagem da preocupação exclusiva com as estruturas para a atual, em que volta-se não só para estas, mas também, efetivamente, para as condutas dos agentes econômicos.

O que interessa é a maneira como tais condutas são observadas pelo Direito Concorrencial, agindo de forma preventiva e repressiva, a fim de proteger a concorrência.

A primeira referência que se faz à represália às condutas anticoncorrenciais, naturalmente, é aquela expressa no texto constitucional, no capítulo da Ordem Econômica, nos já citados arts. 170 e 173, §4º.

Complementares a esses dispositivos várias foram as leis criadas pelo legislador brasileiro nesse sentido, tais quais a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90); a Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.176/91); Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11).

A preocupação com a concorrência se tornou tamanha que, inclusive, foi objeto de Súmula Vinculante do STF:

Súmula 646: Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Contudo, definitivamente, a maior contribuição legislativa nesse ramo do Direito foi a promulgação da Lei 8.884/94, a Lei Antitruste, recentemente alterada, em quase sua totalidade, pela Lei 12.529 de 2011, menção expressa no art. 127.

Ela, um marco normativo no Direito Concorrencial, nos arts. 20, 21 e 54, tratava dos atos e condutas dos agentes econômicos tidos como prejudiciais à concorrência, “por

<sup>30</sup> Calixto Salomão Filho ensina o desenvolvimento do pensamento concorrencial no campo das condutas, detalhando as três grandes teorias econômicas desse campo: dos mercados contestáveis, dos jogos e custos de transação. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2007

limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços". Tamanha é sua importância que será estudada – no que diz respeito ao projeto – a parte.

Todavia, com a evolução do próprio pensamento concorrencial na sociedade atual e, principalmente, com o aumento significativo da importância do CADE nessa defesa, a Lei Antitruste de 1.994 foi substancialmente substituída pela Lei 12.529 de 2011, a qual passa a ser o marco normativo responsável pela estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência e pelas regras de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Dentre outras leis e outros artigos, ela, no tocante à 8.884/94, revogou expressamente os arts. 1º a 85 e 88 e 93.

Agora, para que seja possível compreender de maneira satisfatória as razões pelas quais os atos elencados no ordenamento são proibidos, é preciso fazer uma rápida conceituação de determinados termos - como dito no início do trabalho, não será feita uma análise aprofundada destes temas, participando de debates filosóficos e tudo mais; partir-se-á, desde já, do conceito.

A lei, ao positivar as condutas e atos de agentes econômicos passíveis de punição por violação à livre concorrência, faz menção a duas importantes expressões: mercado relevante e posição dominante.

A definição da primeira destas expressões, de acordo com a própria jurisprudência do CADE, é que trata-se dos produtos e serviços oferecidos em determinada área, levando em consideração a capacidade dos mesmos de serem substituídos por outros da mesma natureza ou equivalentes.<sup>31</sup>

Essa conceituação jurisprudencial ecoa na doutrina concorrencial nacional, a qual reforça a ideia de potencialidade da substituição do produto ou serviço em âmbito geográfico ou quanto a sua natureza, tanto pelos consumidores - quando seria substituição da demanda -, quanto pelos próprios *players* do mercado, fornecedores de tais produtos ou serviços - neste caso, substituição da oferta.<sup>32</sup>

Desta forma, pode-se depreender que a essência do conceito de mercado relevante está no termo “substitutibilidade”, pois sua caracterização se dá pela verificação da potencial substituição de determinado produto, em determinada região, frente aos consumidores, na medida em que estes podem demandar de modo a substituí-lo por outro equivalente – o que

<sup>31</sup> Voto proferido pela Conselheira Neide Teresinha Malard, no Processo Administrativo nº 31/92

<sup>32</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 116.

na economia chama-se elasticidade<sup>33</sup> – bem como em relação aos concorrentes, os quais podem oferecer aos consumidores outro produto equivalente.

Já a definição da segunda expressão – posição dominante –, era definida no próprio texto legal, no art. 20, §§2º e 3º, da Lei 8.884/94:

Art. 20 (...)

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia e ele relativa.

§3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla vinte por centro de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

A atual legislação competente, a Lei 12.529/11, que alterou a anteriormente citada, mantém a correlação posição dominante – mercado relevante, unindo os dois parágrafos anteriores em apenas um, bem como acrescenta à sua definição referência a capacidade econômica da empresa. Diz seu art. 36, § 2º:

Art. 36 (...)

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pela Cade para setores específicos da economia.

Percebe-se facilmente, todavia, que embora o conceito de “posição dominante” tenha sofrido singelas alterações em sua redação legal pela promulgação da nova lei, sua

---

<sup>33</sup> Fábio Nusdeo define elasticidade como sendo a variação sofrida tanto pela oferta quanto pela procura em decorrência da alteração do preço do produto; trata-se de uma sensibilidade do mercado. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. Revista dos Tribunais, 6ª ed., São Paulo, 2005.

essência ainda se encontra no impacto em mercado relevante e, mais ainda, no conceito já exposto como o cerne deste último: a substitutibilidade.

É possível essa afirmação, vez que a capacidade empresarial de alterar as condições de mercado deriva justamente do grau de elasticidade, seja da oferta seja da procura, que há naquele ramo em específico.

Assim, pode-se deduzir, também, a estreita relação existente entre essas duas expressões analisadas separadamente: não há meios de se considerar que determinada companhia detenha posição dominante em determinada área da economia se não for levado em conta o mercado relevante desse produto ou, em última análise, a própria essência de seu conceito.

Importante é, contudo, a ressalva de que a simples obtenção por determinada empresa de posição dominante em um mercado, por si só, não é vedada pela legislação brasileira. O abuso decorrente dessa posição que é combatido.

Isso significa que caso uma empresa detenha o rótulo de “dominadora do mercado” exclusivamente por sua competência e eficiência, através de melhor tecnologia, menores preços (lícitos) e qualquer outro meio produtivo não considerado danoso à concorrência, não poderá ela ser alvo de imposição de medidas punitivas, pois ela conseguiu esse *status* agindo de acordo com o dito legalmente certo, de acordo e pelas leis concorrenceais.

O domínio de mercado é consequência natural da economia de mercado: quem melhor se adequar às regras do jogo se prevalecerá perante os demais. Não há necessidade de tentar combatê-lo ou o evitar. Deve-se coibir o abuso que dele pode decorrer.<sup>34</sup>

Note-se, portanto, que o cerne da questão não é identificar a posição dominante de determinada empresa, mas sim se as práticas decorrentes dela são potencialmente lesivas à concorrência, de modo que venha a prejudicar tanto consumidores quanto concorrentes.

Essa foi a posição assumida pelos legisladores em 1998, ao dispor em no art. 20, IV, da Lei 8.884/98 redação condizente com o exposto.

Ademais, eventual menção doutrinária à “poder de mercado” é perfeitamente cabível, embora neste trabalho foste utilizada a expressão “posição dominante”. Ambas, entretanto, como percebe-se com uma rápida leitura do entorno, dizem respeito ao mesmo fato concorrencial: a dominação de mercado.

---

<sup>34</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 108.

Essa preocupação, por outro lado, com o potencial abuso de posição dominante coaduna com a tutela constitucional da livre concorrência.

Como já dito, a Lei Fundamental versa nesse sentido, no art. 173, § 4º, pois os efeitos do poder de mercado podem ser demasiadamente negativos, vez que as ações da empresa que o detém rege as ações das demais empresas, delineando-as e limitando-as.

Nesse sentido, o Direito Concorrencial aparece como um instrumento impeditivo para que o poder econômico não se forme por outra via senão a da maior eficiência econômica. É o que regia o art. 20, § 1º, da Lei 8.844/94.

E, como forma de aplicação dessa proteção efetiva, a prevenção e repressão a condutas ditas anticoncorrenciais se faz essencial, a fim de que, mais uma vez, prevaleça o princípio constitucional da livre concorrência e, em última escala, proteja o consumidor e o próprio concorrente.

Para tanto, a importação de conceitos cujas bases pertencem às ciências econômicas, se mostra imprescindível, vez que eles formam o alicerce necessário para aplicação do Direito Concorrencial e de toda sua estrutura.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> MOREIRA, Egon Bockman e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 88

## **6 – A LEI N° 8.884/98 – NORMA CONTRA INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA**

Analisadas as bases que norteiam a tutela das chamadas condutas anticoncorrenciais, possível passar a uma análise do texto legal.

De início, todavia, necessário ressaltar que embora esta lei tenha sido substituída pela 12.529/11, é importante uma análise dela em especial, pois foi ela o embasamento normativo utilizado pelo CADE na resolução do processo que mais a frente será analisado. Assim, este capítulo será dedicado aos seus artigos, fazendo, obviamente, apontamentos específicos referentes ao novo texto legal.

De modo contrário não poderia ser, posto que a análise proposta nesse trabalho baseia-se em um caso concreto, o qual foi julgado com base neste diploma normativo. Portanto, um análise detalhada será feita, com menções pontuais referentes ao novo texto legal direcionado à proteção da ordem econômica e, consequentemente, da livre concorrência.

Ressalta-se, outrossim, que a análise recairá apenas no tocante às condutas classificadas como anticoncorrenciais, pois, como dito em outra oportunidade, não interessa, nesse momento, normas referentes às estruturas e demais disposições legais adversas ao assunto contida na 8.884/94.

Desta forma, de início, como já dito anteriormente, as previsões legais referentes a essas condutas concentram-se (ou concentravam-se) nos arts. 20, 21 e 54 da Lei Antitruste.

O primeiro deles, em seu *caput*, dispõe:

“Art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.”

De sua leitura, é possível aferir que para restar configurada infração à ordem econômica não é necessária consolidação do prejuízo; o simples potencial em poder fazê-los é o bastante para enquadramento da ação como anticoncorrencial. Diz respeito, portanto, ao

“potencial prejuízo”, em contrapartida ao “prejuízo efetivo”, adotado por legislações passadas.

Tamanha é a importância desse artigo, que a doutrina tem um cuidado especial com seu inciso primeiro, ao passo que ele trata das formas de atentado à livre concorrência ou à livre iniciativa, como (i) pela criação de obstáculos para o estabelecimento de novos agentes concorrenenciais no mercado - o texto legal utiliza a expressão "limitar" -, pelo aumento dos custos que isso envolve; (ii) pelo ato de camuflar, não necessariamente simular, negócio jurídicos para que, a princípio, pareçam compatível com o ordenamento - quando menciona "falsear" -; e (iii) agindo de qualquer outra forma nociva às estruturas.<sup>36</sup>

Válido ressaltar, também, que tais limitações ajudam a destacar a atividade do detentor da posição dominante tida como ilícita e, consequentemente, prejudicial ao sistema capitalista, ao caracterizá-las, como o já citado "abuso de poder dominante".<sup>37</sup>

Fica clara, assim, a intenção desse artigo na conceituação de práticas passíveis de configuração de atos anticoncorrenciais, ainda que elas não atinjam seu fim, bem como de explicitar de forma clara o conceito legal de poder de mercado, determinante para a averiguação da infração à livre concorrência.

O art. 21, por sua vez, cuida em elencar ações que, desde já, são tidas como anticoncorrenciais. Contudo, no próprio *caput* está expresso tratar-se de um rol exemplificativo, ao afirmar que “as seguintes condutas, *além de outras*, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.”

Desta forma, não obstante os vinte e quatro incisos, mais o parágrafo único, do artigo, as ações empresariais passíveis de punição não se restringem àquelas apontadas na lei, sendo vulnerável todo e qualquer ato que se enquadre nas linhas gerais expressas no artigo 20, anteriormente analisado.

Portanto, pode-se concluir que o imprescindível para configuração de prática anticoncorrencial é, na realidade, mesmo que previsto no art. 21, que o fato, potencialmente, possa vir a resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, hipóteses previstas nas linhas gerais expressas pelo art. 20.

<sup>36</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Saraiva, 3<sup>a</sup> ed., vol. 1, São Paulo, 2000, p. 206-207.

<sup>37</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. Malheiros, São Paulo, 2002, p.49

Extremamente oportuna a escolha do legislador brasileiro pela exposição de um rol exemplificativo, vez que, tal qual em toda seara do direito, impossível seria prever todas as possibilidades de ações empresariais passíveis de ofensa à livre concorrência e, consequentemente, ao sistema econômico brasileiro. Se assim não fosse, haveria um espaço perigoso a mercê da criatividade, quase que ilimitada, do empresário.

Necessária a compreensão de que, embora imprescindível a existência de punições - e os meios para as executar -, elas devem ser precedidas por critérios objetivos e claros, de modo que seja possível sua identificação na conduta suspeita.<sup>38</sup>

A nova lei reuniu esses dois artigos em um só, o art. 36, posto que, de fato, o art. 21 nada mais é que uma complementação do art. 20, ao exemplificar ações que se enquadriam na definição de infração à ordem econômica.

O art. 54, como último dispositivo da antiga Lei Antitruste a tratar das condutas anti-concorrências, dispõe acerca da competência do CADE para julgar práticas que ferem a livre concorrência, em defesa do sistema econômico.

Contudo, sua importância peculiar se dá pelo fato de que – além de ser o dispositivo legal da lei que vincula os casos de ilícitos anticoncorrenciais à apreciação do CADE –, ao contrário dos dois artigos anteriormente citados, dispõe quanto às medidas preventivas da ordem econômica, enquanto aqueles referem-se à penalidades relativas aos atos já praticados, ou seja, à característica repressiva da lei.<sup>39</sup>

No novo dispositivo legal, pode-se dizer que o art. 54 foi “repartido” em mais de uma norma, vez que cuida tanto das condutas quanto dos atos de concentração, além de referir-se à competência do CADE. Está, atualmente, esparsa entre o já citado art. 31 e o art. 88 e ss. da Lei 12.529/11.

Assim, a junção das normas expressas por esses três artigos acima tratados compõe o campo jurídico de prevenção e repressão aos atos anticoncorrenciais. Em outras palavras, são a base (ou eram) das decisões proferidos pelo CADE, referente às condutas, e que serviram como alicerces para a decisão do caso modelo deste estudo.

---

<sup>38</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 110.

<sup>39</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 46.

É evidente, portanto, a importância das normas anticoncorrenciais, na medida em que esclarecem ao mercado aquilo é ou não compatível com os ideais constitucionais e, em última análise, com o próprio mercado.<sup>40</sup>

Refletem, outrossim, os princípios constitucionais da “livre iniciativa” e “livre concorrência”, expressos na Ordem Econômica da Constituição Federal, compondo-a de modo a complementar as linhas adotadas pela legislador constituinte, principalmente nos art. 170 e 173.

É, antes que um limitador do sistema econômico, seu propulsor, ao passo que, em última instância, como já dito acima, a proteção da livre concorrência protege o próprio sistema de produção capitalista, o qual seria um fim em si mesmo se não gozasse de tal tutela.

Desta forma, o Direito Concorrencial há de ser visto não como um obstáculo ao crescimento, mas como um fomentador do mesmo, pois concede os instrumentos necessários para o crescimento seguro da economia.<sup>41</sup>

O direito concorrencial não buscar alcançar determinados fins - embora seja totalmente cabível concluir que, definitivamente, elimina alguns -, mas sim visa garantir o meio, para que agentes interessados em serem *players* no campo mercantil possam, de fato, atuar como tais, ordenando suas ações de forma justa e equilibrada. Não significa relação de poder; significa garantia da relação concorrencial.<sup>42</sup>

Assim, indispensável é o poder punitivo do Estado frente a atitudes empresariais que visem prejudicar à ordem econômica-social do país.

Neste ponto, a Lei 8.884/98 foi essencial à história jurídica do país, ao fornecer de maneira precisa os instrumentos necessários para a proteção concorrencial e aplicação de penas aos infratores – como todo texto legislativo não se apresentava da forma ideal para o combate de tais práticas, mas apresentava os meios necessários para um combate satisfatório e necessário naquele momento; foi, sem dúvida, uma evolução legislativa e uma precursora da seguinte que a sucedeu.

---

<sup>40</sup> MOREIRA, Egon Bockman e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 270.

<sup>41</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Revista dos Tribunais, 5 ed, São Paulo, 2012, p. 170-171.

<sup>42</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 48-49

Não se pode esquecer, outrossim, da primordial função exercidas pelos órgãos de controle do sistema econômico, dotados como tais pela própria Lei Antitruste e outros diplomas legais.

Eles, sintetizados na figura do CADE, tiveram suas atribuições e importância aumentadas consideravelmente com o passar do tempo, desde a proclamação da atual Constituição. Tanto é assim que tornou um ponto central da nova legislação pertinente ao assunto, a Lei 12.529/11.

## 7 – O CADE

A necessidade de controle da ordem econômica há muito tempo é discutida pela doutrina, como forma de proteção do Estado e também da economia contra o próprio Estado.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ainda em 1990, já pregava:

“Todo poder, segundo registrava em 1748 o *Espírito das Leis*, tende para o abuso. Vai até onde encontra limites. Tais limites na ordem econômica cumprem traçar, ou pelo menos traçar claramente por meio de normas que possam efetivamente resguardar a iniciativa privada, manifestação da liberdade humana, condição da liberdade política. Mas editar normas não basta. É também preciso prever os órgãos e os meios que as executarão (as normas), ou garantirão, para que não ocorra o mesmo como sucede com relação às poucas existentes (normas econômicas), ou seja, é o Executivo que tem nas mãos tais órgãos e é ele que, em nome do Estado, vorazmente se expande no campo econômico.”<sup>43</sup>

Em que pese o evidente teor ideológico enraizado ao texto – uma vez que se insere no momento da redemocratização do país -, é notória a preocupação protecionista da ordem econômica já discutida então, a qual, como bem disse o doutrinador, não poderia ficar a mercê do poder executivo, já que este seria, como o é hoje, um agente econômico.

Pode-se então, perfeitamente, trazer à nossa realidade o comentário acima citado, pois, se àquela época temia-se pelos excessos governamentais na economia, seja mediante sua atuação direta ou interferência excessiva, hoje teme-se pelo abuso advindo daqueles que detém o poder: as grandes empresas.

---

<sup>43</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 18

A preocupação hoje, portanto, recai sobre aqueles aparentemente vulneráveis a estes gigantes do mercado: os médios, pequenos e micro-empresários.

Tanto assim o é que, se no passado – no momento da discussão do atual texto constitucional, época em que foi escrito aquele comentário - o governo era tido como participante dessa luta, sendo considerado o oponente a ser superado por grande parte do setor privado, hoje ocupa uma oposição de extrema importância, como protetor de todo o sistema, tutelando as relações firmadas entre particulares, ditando o aceitável e o não aceitável, como zelador máximo da própria ordem econômica.

Para tanto, vale-se de todo um sistema constituído com esta função, sendo o CADE seu órgão máximo: o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Ele é responsável – o sistema –, por óbvio, por analisar todos os atos restritivos à concorrência, sejam referentes às estruturas ou às condutas. Engloba, além do CADE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, como estatui o art. 3º, da Lei 12.529/11. Destes, como pode ser observado, apenas o CADE possui total autonomia.

Conquanto possa ser considerada valiosa a verificação de todas as etapas do processo administrativo dentro desse sistema, até a apreciação final pelo CADE, não será dispensado aqui tempo para tal. Bons ensaios já o descrevem de maneira satisfatória<sup>44</sup>.

Imperiosa é, por outro lado, uma análise um tanto detalhada do CADE, até porque a nova lei dispensa a ele grande parte de seus artigos.

O Conselho Administrativo de Defesa da Economia, como dito acima, é o órgão máximo do SBDC, sendo ele, em última escala, o responsável direto pela proteção e bom andamento do mercado.

O princípio primordial de órgãos dessa categoria é a preservação das condições de mercado. Contudo, são incapazes de agir *ex officio*. Apenas atuam ativamente quando

---

<sup>44</sup> MOREIRA,, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Tedescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 69-71.

provocadas por determinada parte ou classe interessada no assunto, frente a um caso concreto - aplica-se a ele o princípio da inércia judicial.<sup>45</sup>

Tem como característica principal o fato de ser detentor de poder judicante, ou seja, de ditar o que condiz com a lei. Julga, dessa forma, todos os casos ocorridos em território nacional ou que nele possam gerar efeitos, zelando pelo mais benéfico à economia do país.

Esta característica, concomitante com sua autonomia, talvez seja sua diferença primordial frente a outros conselhos e órgãos similares.

O fato de não possuir vínculos subordinativos com outros entes da Federação e de ter sua jurisprudência própria, de acordo com princípios e regimentos por ele concretizados, o torna um marco no sistema econômico, vez que suas decisões interferem diretamente em seu bom andamento e não há meios de ser um *player* sem se submeter a elas. Ou seja, em última análise, como já dito, de fato, o CADE dita a ordem concorrencial brasileira.

E, embora seus membros, chamados Conselheiros, sejam indicados pelo Presidente da República – tal qual é, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal –, conforme está expresso no art. 6º da lei, em nada, teoricamente, sofrem influência do poder executivo em seu campo de atuação, pois, tal qual é no STF, são detentores de total autonomia no exercício de seus mandados, estando sujeito às punições previstas no artigo subsequente se de outra forma agirem.

Quanto a sua estruturação interna, o CADE é subdivido em três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos, todos previstos e com suas atribuições previstas em lei.

É ao primeiro deles que compete, entre outras coisas, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, bem como outras providências para preservação da concorrência, conforme dispõe o art. 9º, em especial os incisos de II a V.

---

<sup>45</sup> MOREIRA,, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Tedescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 437

A Superintendência-Geral, por sua vez, tem suas funções e atribuições expressas nos arts. 12 e 13 da lei, sendo de sua responsabilidade, entre outras, (i) monitorar as práticas de mercado, acompanhando com atenção as atividades de empresas detentoras de posição dominante (incisos I e II), (ii) instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, remetendo-o ao Tribunal para julgamento ou arquivando-o quando julgar necessário (incisos III a VIII), (iii) e propor termo de compromisso de cessação de prática à ordem econômica, fiscalizando seu cumprimento (inciso IX).

Último dos três, o Departamento de Estudos Econômicos tem a finalidade de fornecer, quando solicitado, ao Tribunal ou à Superintendência-Geral estudos e pareceres econômicos. Para tanto, é o único órgão que será dirigido, necessariamente, por um economista, indicado da maneira conjunta por aqueles dois, tendo ele direito de participação das votações no Tribunal, sem direito a voto, entretanto.

As atribuições do Departamento e do Economista-Chefe estão previstas nos arts. 17 e 18 da Lei, além do art. 8º, quanto aos impedimento.

Dado interessante da estrutura do CADE é que, conforme expressa os arts. 15 e 16, funcionará junto a ele Procuradoria Federal Especializada, com a função de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Conselho, além de promover a execução de suas decisões, tomando as medidas necessárias para tanto, e elaborar acordos a fim de ver cessado o ato infrator à concorrência, entre outras atribuições expressa nos referidos dispositivos. Tal qual os Conselheiros, o Procurador-Chefe é indicado pelo Presidente da República.

Esses acordos supracitados, como forma de extinção do ato predatório, pode trazer benefícios à instituição que com eles compactuar, conforme está contido nos 86 e 87, desde que de sua cooperação resultem benefícios à proteção do sistema.

O CADE, ao julgar os casos a ele remetidos de infração à ordem econômica, embasará as penas aplicadas no expresso no artigos 37 a 45, levando sempre em consideração, como determina este último, a (i) gravidade da infração, (ii) a boa-fé do infrator, (iii) a vantagem auferida ou pretendida, (iv) a consumação ou não do ato, (v) o grau de lesão, efetivo ou potencial, (vi) os efeitos negativos produzidos no mercado, (vii) a situação econômica do infrator (viii) e o fato de ser reincidente ou não.

Desta forma, a punição a ser aplicada poderá ser majorada ou diminuída, dentro daquilo previsto em lei, conforme for a avaliação do Conselho quanto aos quesitos acima indicados.

O processo administrativo, todas suas espécies e peculiaridades, bem como a possibilidade de recursos, medidas preventivas e outras minúcias, estão devidamente previstos nos artigos 48 a 85 do diploma, e não serão objetos de maiores comentários neste ensaio.

O que de fato interessa aqui é, conforme consta no art. 47 da Lei 12.529/11, todo e qualquer prejudicado pode, *per si* ou por órgãos representativos, ingressar em juízo para proteção de interesses próprios, a fim de obter a cessação dos atos infratores da ordem econômica e, consequentemente, dos prejuízos que eles lhe causam.

Devem se atentar, para tanto, ao prazo prescricional de 5 anos previstos no artigo 46, contados da data da prática do ato, ou, importante essa observação, da data da cessação, em se tratando de ato continuado.

Maior destaque foi dado a estes dois dispositivos, pois, de certa forma, dizem respeito ao caso que no capítulo seguinte será analisado: o grupo Schincariol, por se sentir lesado pelas ações da AmBev, entrou com denúncia junto ao CADE para que fosse apurada a ilicitude das práticas empresariais por esta última praticadas, a fim de ver cessados os prejuízos resultantes destas ações. Ações estas tidas como continuadas, ou permanente, vez que sua execução não se deu em um único momento, prolongando-se no decorrer do tempo.

Assim, embora seria lógico uma análise também do próprio processo administrativo, este não é o ponto central do presente ensaio.

Por fim, relativamente ao texto da nova lei, ela prevê, nos artigos 93 a 101, as etapas para a execução da decisão do Tribunal, a qual é considerada título executivo judicial.

E, a fim de garantir a própria execução, entre outras coisas, é possibilitada a intervenção judicial junto à empresa infratora, sendo nomeado interventor para tanto. Essa determinação, junto das demais relativas à matéria, está prevista nos arts. 102 a 111 do dispositivo legal.

A importância do CADE, principalmente pelo seu caráter judicante, é indiscutível e imprescindível para a defesa do sistema de produção capitalista. Sua atuação, a cada ano mais incisiva e determinante no jogo econômico, impede com que, como já dito algumas vezes neste trabalho, o capitalismo seja um fim em si mesmo.

Volta-se aqui, pois, à incumbência estatal de impedir que o sistema capitalista se autodestruga, regulando-o e coibindo o que lhe é nocivo. Em outras palavras, buscando o equilíbrio, ao resguardar níveis aceitáveis de concorrências, sem prejuízo do mercado, seja do lado da oferta, seja do lado da procura.<sup>46</sup>

Consegue, outrossim, adaptar-se às constantes mudanças que ocorrem nesse meio, principalmente por ter como base para seus decisórios, não só princípios e normas jurídicas, mas também conceitos e princípios advindos da econômica, que, por não serem alvo de toda burocracia que o processo legislativo demanda, conseguem refletir a realidade dos fatos de modo mais célere e fiel.

Desta forma, ao valer-se de suas normas jurídicas e econômicas, o CADE consegue responder de maneira satisfatória aos ensejos do meio, aproveitando-se da força de um dispositivo legal e da qualidade técnica de um preceito econômico.

Protege, com suas decisões, o liberalismo econômico atual, ou, melhor, a própria democracia econômica, na qual privilegiam-se a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, princípios norteadores da Lei Fundamental.

Reflete, portanto, a função social da Constituição de 1988, trazida ao campo econômico, concedendo igualdade àqueles que não gozam, ou, melhor dizendo, que encontram-se em posição de inferioridade frente aos demais *players*, pois, mais uma vez, livre concorrência e livre iniciativa são consequência uma da outra. Contudo, não pressupõe uniformidade entre as partes, pensamento este que conflitaria com a essência da própria liberdade de mercado e, consequentemente, a própria Constituição.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 67-68

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed, São Paulo, 2000, p. 211-212

Em suma, o CADE é, em última análise, o defensor da própria concorrência no atual sistema econômico adotado, prezando pelo zelo à coletividade, em detrimento de vantagens oriundas de ações de particulares, voltadas ao ganho próprio.

Intervém na seara particular impondo-lhe o poder advindo de normas de ordem pública, justamente para protegê-la – a livre concorrência –, pois trata-se da diretriz básica da atual ordem econômica<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> REALE, Miguel. *Inconstitucionalidade de Congelamentos apud GRAU*, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed, São Paulo, 2000, p. 183.

## 8 – O CASO DA AMBEV

O caso escolhido refere-se ao processo administrativo nº 08012.003805/2004-10, no qual o Grupo Schincariol acusou a AmBev de, entre outras coisas, práticas anticoncorrenciais em seus programas de fidelização “Festeja” e “Tô Contigo”, enquadrando-as no artigo 20, I, II e IV concomitante com o art. 21 IV, V, VI e XI, da Lei 8.884/98, vigente àquela época.

Em suma, a Schincariol alegava que as atitudes da AmBev eram prejudiciais à concorrência, vez que, devido aos contratos de exclusividade firmados entre esta e os pontos de vendas (PDVs), as armas já não mais se equiparavam, ou, em outras palavras, já não detinham – os concorrentes – as mesmas possibilidades de êxito frente ao mercado consumidor.

A AmBev, por sua vez, defendia-se sob a argumentação, dentre outras, de que os acordos firmados entre ela e os revendedores não eram baseados em proibição de vendas de produtos de empresas rivais, mas sim em programa de bonificação, objetivamente pré-estabelecido, no qual os participantes ganhariam prêmios de acordo com o volume que consumiam.

Assim, em relação ao mérito do caso, o cerne da questão era decidir quanto à configuração, ou não, de exclusividade nos programas denunciados. Ou seja, a ocorrência de restrição vertical, ao passo que tal conduta limitava a amplitude de ação da relação fornecedor e comprador.<sup>49</sup>

Isto porque a concessão de descontos baseados pela (i) aproximação do preço de venda ao custo marginal ou (ii) quantidade comprada, ambas dentro de uma negociação, por si só não se caracteriza como ação anticompetitiva, pois não seria tida, a primeira, como

---

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 25-26.

predatória, enquanto a segunda seria resultante de economia de escala. É resultado de uma negociação legítima<sup>50</sup>.

A seu favor, nesse sentido, constavam os folders e os contratos firmados entre ela e os PDVs - documentos estes analisados pelo Conselho sob o ponto de vista formal da demanda -, os quais, de fato, em momento algum mencionavam a necessidade de exclusividade ou limitação de vendas de produtos rivais, bem como traziam o referido programa de bonificação, esclarecendo como os pontos eram obtidos e como, e pelo o quê, eles poderiam ser trocados.

Tanto foi assim que, no voto do Ministro relator, acolhido pelo plenário, formalmente, não restou configurada a prática de atividade anticoncorrencial.

Contudo, como se verá adiante, em um mercado tão amplo e informal, como é o da cerveja, não poderia o órgão antitruste restringir sua análise factual aos meros documentos apresentados pela AmBev, conforme ela queria. Era necessária uma análise muito mais investigativa.

### **8.1 O estabelecimento de exclusividade e seus danos à livre concorrência**

A discussão acerca dos possíveis benefícios e prejuízos oriundos de um contrato de exclusividade firmado entre fornecedor e comprador, dentro de um mercado complexo, não é recente, nem tampouco uniforme em todo seu desenvolvimento.

Antigamente, naquela que era chamada Escola de Chicago, ela era vista como benéfica ao mercado, pois pressupunha ganho de eficiência, uma vez que - e só assim seria positiva - as economias de custos beneficiavam tanto as empresas envolvidas na negociação quanto os consumidores<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Revista dos Tribunais, 5 ed, São Paulo, 2012, p. 360.

<sup>51</sup> Anterior à Escola de Chicago, a Escola de Harvard preocupava-se com a questão estrutural da empresa, baseado na ideia de que suas condutas seriam resultado lógico daquela forma. Não tratava, pois, da conduta em

Defendiam tais pensadores que se os consumidores finais fossem beneficiados pelos acordos firmados entre os produtores e os intermediários dos produtos de seu interesse, não haveria porquê o órgão antitruste se preocupar com tal atividade. Era o ganho pela maior eficiência<sup>52</sup>.

Foi essa perspectiva, baseada a todo custo na maior eficiência, da Escola de Chicago, que seus críticos, pertencentes ao que ficou conhecido como "Pós-Chicago", miraram suas críticas, pois entendiam que em determinados momentos aquilo que era tido por aqueles como benéfico ao mercado, em verdade se mostrava totalmente o oposto; focaram-se no comportamento de empresas individuais ou de setores específicos<sup>53</sup>.

Expunham os pensadores mais recentes que, se daquele jeito fosse aceito, o domínio da economia pela empresa que detivesse o poder seria demasiado facilitado, pois esta não precisaria se relacionar com todos os consumidores existentes, mas só com número suficiente para tornar inviável o desenvolvimento de uma concorrente ou o estabelecimento de uma entrante, mesmo se mais eficiente, qualquer uma das duas.

Ademais, do ponto de vista dos compradores - intermediários na relação produtor-consumidor final -, também não seria preciso convencer todos a fechar um acordo com ela, porque uma aceitando, as demais tenderiam a aceitar devido a externalidade negativa gerada pela assinatura daquela, que, quanto aos produtos da líder de mercado, teria melhores condições de os vender.

E por fim, da perspectiva dos consumidores, uma vez impedida a comercialização de marcas rivais nos pontos de vendas, eles seriam obrigados a adquirir os produtos dela. Atingiria, assim, os consumidores de baixa renda, que costumeiramente optavam pelo produto financeiramente mais viável - via de regra, da concorrente -, e não necessariamente pelo que mais lhe agradava.

si, diretamente; mantinha seu foco no referente à concentração. GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: O Combate aos Cartéis*. Saraiva, 2 ed, São Paulo, 2009, p. 113.

<sup>52</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 266.

<sup>53</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Condutas*. Malheiros, São Paulo, p.23.

Como resultado final, hoje há o entendimento que, *a priori*, o estabelecimento de contrato de exclusividade entre produtor e comprador gera sim danos à concorrência<sup>54</sup>, sendo, entretanto, necessária a análise do caso concreto para confirmação dessa pressuposição.

Ainda, não há como fugir de um raciocínio um tanto quanto principiante, mas altamente dotado de lógica: a consequência natural do estabelecimento de contratos de exclusividade com a empresa que detém o poder de mercado naturalmente é a extinção, ou grande diminuição do número e tamanho, de suas concorrentes. Ato contínuo, embora em um primeiro momento o acordo possa trazer benefício financeiro ao consumidor - pelo menos àqueles que adquirem tais produtos -, após a eliminação da concorrência, o aumento de preços, vez que estaria estabelecido um quadro de monopólio, seria o próximo passo.

No caso sob análise, embora, como dito acima, não restou configurado o estabelecimento de contratos de exclusividades do ponto de vista formal, a investigação realizada, através da SDE (Secretaria de Direito Econômico), valeu-se de outros meios permitidos pelo direito que não meramente documentais.

Por meio de pesquisa de campo, feita pela própria Secretaria e por intermédio de instituto contratado - o IBOPE -, restou comprovado que para grande parte dos PDVs entrevistados, havia sim a impressão da exigência de exclusividade ou, pelo menos, de imposição de limite de venda de produtos concorrentes (*share* de até 90% de produtos AmBev).

Outro meio de prova utilizado pela SDE foi a retirada de cópias de documentos da representada, em sua sede, pelos quais foram confirmadas as informações colhidas naquelas entrevistas - esses documentos são mantidos em segredo de justiça, mas essa afirmação é possível por todo o conteúdo decisório que os cercam.

Aqui necessário se faz um adendo: há no mercado cervejeiro três meios de propagar o produto - chamados, a partir de agora, de canais de distribuição -: o tradicional, o bar e o auto-serviço. O CADE cuidou apenas de analisar as denúncias em relação aos dois primeiros, vez que o programa denunciado - Tô Contigo - apenas referenciava garrafas vendidas a frio, ou seja, não contemplava as vendidas em temperatura natural tampouco

---

<sup>54</sup>

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Condutas*. Malheiros, São Paulo, p.246.

outros recipientes, como latas. Assim, o canal auto-serviço, que seria, por exemplo, os supermercados, não foi objeto direto da investigação - embora é perfeitamente plausível a afirmação que a venda nesse tipo de estabelecimento é consequência natural de uma preferência pré-estabelecida, adquirida nos outros dois.

Do mesmo modo, nem todo empreendimento enquadrado dentro do conceito "bar e tradicional" foi levado em consideração. Aqueles em que há um investimento notoriamente elevado e no qual a qualidade da cerveja se confunde com a qualidade do próprio local também foram deixados de lado. Nesses, inclusive, é aceitável a firmação de contrato de exclusividade entre fornecedor-comprador, vez que, invariavelmente, o próprio fornecedor dá aporte financeiro em sua criação e/ou manutenção<sup>55</sup> - é uma das possíveis exceções, mais a frente comentadas.

Voltando ao caso em si, analisando os dados apresentados pela pesquisa IBOPE, alguns pontos específicos ressaltam aos olhos, de imediato.

Segundo a pesquisa, entre os bares entrevistados, 48% participava do programa "Tô Contigo" e 51% acreditava ser exigência a exclusividade. Já com restaurantes, 61% participava, mas apenas 47% entendia ser obrigatória. O dado é interessante, pois há um contraste entre participação no programa e entendimento da obrigatoriedade de exclusividade, quando comparados bares a restaurantes.

A conclusão que o relator do processo chegou quanto a essa diferença (não só entre bares e restaurantes, mas também entre a diferença de participar e reconhecer a obrigatoriedade, como um todo) foi de que a política da AmBev não era sistemática, mas sim estratégica, baseada no vasto banco de dados que a empresa possui com todo o histórico de compra dos PDVs, bem como da análise de necessidade geográfica de manutenção ou crescimento da marca.

Contudo, há outro ponto, no mínimo curioso, que merece algum destaque.

A instituição e o desenvolvimento de um restaurante, via de regra, demandam uma aplicação financeira maior, se comparado a de um bar normal, elevando os riscos e, também por isso, requerendo do proprietário maior disponibilidade monetária. Ademais, a complexidade na manutenção de um estabelecimento como aquele primeiro, por sua vez,

---

<sup>55</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Revista dos Tribunais, 5 ed, São Paulo, 2012, p. 362

exige uma compreensão mais ampla de seu dono quanto ao mercado em si e nos meios de se negociar.

Aliado a esses dois pontos, fazendo um paralelo entre eles e a realidade social do Brasil, não é difícil chegar à conclusão de que, na quase totalidade dos casos, os responsáveis por restaurantes possuem um grau de ensino superior aos pelos bares, de modo que uma negociação abusiva não seria tão fácil.

O ponto aqui levantado refere-se, portanto, a maior fragilidade pessoal do proprietário do bar, como negociante, decorrente de seu menor grau de instrução, quando comparado ao de um gerente de restaurante. Essa informação estritamente pessoal com certeza estaria dentro daquele vasto banco de dados citado pelo Conselheiro, advinda das observações feitas pelos inúmeros representantes que contratam com essas pessoas, há muito tempo.

A conclusão que se chega, por fim, além daquela acima apresentada, é de que a estratégia da AmBev em não mencionar expressamente a cláusula de obrigatoriedade sistematicamente não é embasada apenas por uma análise de mercado, preocupando-se com pontos a manter sua predominância ou com aqueles em que pretende passar a tê-la, mas também por uma análise subjetiva de cada parceiro com o qual negocia, elegendo os "mais vulneráveis" para tanto.

De modo algum pode-se dizer que tal pensamento é um absurdo ou mesmo discriminatório. A grandeza da instituição envolvida, o complexo e enorme sistema de distribuição que possui, bem como as informações oriundas dele, e o modo pelo qual sempre atuou dentro do mercado, como disse o Conselheiro, constantemente sobre a tênue linha que separa agressividade de ilicitude, permitem assegurar, ao menos, a plausibilidade desse raciocínio.

## **8.2 - A elevação das barreiras de entrada decorrente da exclusividade**

Outro problema decorrente do estabelecimento de acordos de exclusividade entre fornecedores e compradores é o aumento significativo das chamadas "barreiras de entrada", tanto em relação aos competidores já existentes, quanto àqueles com potencial de sê-los.

Inicialmente, tem-se que barreira de entrada é toda dificuldade encontrada pelo empreendedor já estabelecido no mercado, mas que almeja crescimento, como também por aquele que pretende vir a ser um *player* no jogo econômico. Quanto maior for ela, mais vulnerável é o mercado às ações da empresa com poder de mercado.<sup>56</sup>

Se decorrente de posição dominante por parte do agente econômico que a detém, seu potencial negativo atinge não apenas a livre concorrência, mas a própria liberdade de iniciativa, posto que os prejuízos causados por ela são impeditivos ao aparecimento de novos rivais. É, pois, uma arma daquela empresa, que busca o monopólio.<sup>57</sup>

No caso posto sob análise, há a verificação da elevação de dois pontos específicos, os quais complicam, e muito, a possibilidade de haver alguma alteração no poderio de mercado da AmBev, traduzida na sua participação no mercado de cerveja - à época do julgamento, a AmBev detinha 69,3% do mercado nacional de cerveja<sup>58</sup> -: a consolidação e a distribuição da marca.

A primeira diz respeito à dificuldade de uma empresa rival estabelecer seu produto no mercado. Em uma seara em que o gosto pessoal é determinante, mudá-lo não é algo fácil e barato: há a necessidade de forte investimento, principalmente em *marketing* e propaganda, com o intuito de apresentar o produto e fazer com que o consumidor sinta curiosidade em o experimentar.

Nesse sentido, a presença dessas novas marcas para consumo instantâneo nos pontos de venda é determinante para sua fixação, vez que, mesmo com o mais variado arsenal de atrativos ou mesmo preço inferior, a tendência natural é que o consumidor mantenha-se naquela a qual está acostumado.

<sup>56</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. Editora Saraiva, 2 ed, São Paulo, 2009, p. 145-146

<sup>57</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. Editora Malheiros, 3 ed., São Paulo, 2007, p. 185.

<sup>58</sup> Voto proferido pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no processo administrativo 08012.003805/2004-10, p. 73

Assim, fechando tais PDVs, total ou parcialmente, passa a haver a impossibilidade desta fixação. Há, em outras palavras, a inibição da curiosidade do consumidor em experimentar o novo, pois não é dado a ele tal oportunidade de escolha.

Fica evidente, aqui, mais uma vez, o já dito anteriormente neste trabalho: a limitação do cardápio disponível ao consumidor obriga-o a adquirir o que lhe é imposto, e não o que lhe convém, seja por motivo financeiro ou por preferência. Mais uma prova do prejuízo gerado, principalmente, ao consumidor de baixa renda.

Outrossim, o fechamento do mercado acarreta em enorme prejuízo financeiro à empresa concorrente, pois todo o investimento publicitário feito por ela se torna inútil, uma vez que não há como concretizar aquilo que propaga.

O segundo ponto cuida de consequência óbvia: a produção de cerveja por determinada empresa deve ser distribuída, em escala regional ou nacional. Quanto maior, mais complexa será essa rede de distribuição.<sup>59</sup> E quanto mais complexa, mais onerosa a sua manutenção.

Quanto a isso, o estabelecimento de pontos exclusivos aumenta a barreira de entrada, pois, além de fechar PDVs específicos, com os quais a empresa rival não mais poderá contratar, aumenta o custo de distribuição relativamente aos demais pontos.

O raciocínio é simples: se o custo de distribuir a mercadoria em "x" lugares era "y", sendo o custo individual a divisão do segundo pelo primeiro, havendo a limitação do número de compradores disponíveis, o custo individual da entrega do produto sofreria um aumento, pois um número menor arcaria com o custo da distribuição, o qual, se pensar por região, não sofreria significante diminuição.

A consequência desse aumento inesperado do custo do transporte seria (i) o aumento do produto para o consumidor final e (ii) a menor capacidade de negociação da empresa, a fim de concorrer com sua rival.

Sendo assim, mesmo que a empresa detivesse maior eficiência produtiva em relação à líder de mercado, os custos adicionais decorrentes dos obstáculos apresentados por

<sup>59</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Revista dos Tribunais, 5 ed., São Paulo, 2012, p. 280.

esta tornaria seu desenvolvimento no mercado dificultado, vez que aumentaria obrigatoriamente seu preço marginal e limitaria sua área de atuação.

O mesmo raciocínio serve para a empresa entrante: mesma que detenha os mais modernos meios tecnológicos de produção e distribuição, em nada eles seriam úteis se não houvesse para onde escorrer ou se tivessem, por ação da rival, seu custo equiparado ao dela.

### **8.3 - As exceções permissivas de exclusividade**

A pesquisa de campo diligenciada para averiguação da verdade real do que estava sendo acordado entre empresa detentora do poder de mercado e PDVs, a fim de dar um maior subsídio à decisão, e não apenas se basear em provas documentais, é uma prova cabal daquilo que, como já dito, foi o cerne da análise deste caso: o estabelecimento de exclusividade (ou *share* nos PDVs).

Toda investigação e argumentação concretizada no processo convergiram para esse ponto, o qual foi tratado como extremamente danoso à livre concorrência e, por isso, passível de sofrer a punição que recebera.

Contudo, embora não se discuta o potencial prejudicial próprio de um acordo dessa natureza, há de se fazer justiça quanto a casos em que se mostra benéfico, não só aos pactuantes, mas ao próprio mercado e consumidores.

Em casos em que a conduta é baseada na eficiência econômica, a partir da análise de critérios objetivos, não é considerada a mesma como ilícita, ou prejudicial ao mercado. Essas exceções estão previstas expressamente no anexo II da resolução 20 do CADE<sup>60</sup>, quais sejam: redução de custos de transação, proteção à reputação, proteção aos investimentos realizados, estímulo ao desenvolvimento da economia em escala e proteção ao desenvolvimento tecnológico.

Confrontadas tais hipóteses com o caso concreto analisado, não ficou configurada a presença de nenhuma delas.

---

<sup>60</sup>[www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%202020,%20de%2009%20de%20junho%20de%201999.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%202020,%20de%2009%20de%20junho%20de%201999.pdf)

Não se aplica a primeira exceção, pois não é característico do mercado cervejeiro uma constante inovação tecnológica, na qual fosse necessária a oferta de treinamentos de equipes especializadas em determinado produto e assistência no pós-venda, como se pode verificar, por exemplo, em mercados de *softwares*; da mesma forma, e pelo mesmo motivo, não há divulgação maciça do novo produto aos consumidores, como se este fosse uma evolução do seu antecessor, não havendo, consequentemente, o aproveitamento do momento favorável pelas empresas rivais<sup>61</sup> - esses são os considerados custos de transação posteriores à negociação, em contrapartida aos anteriores, necessários para que se torne oportuna a abertura de uma.<sup>62</sup>

Essa hipótese de exclusividade, afinal, é aceita quanto a mercadorias das quais o conhecimento técnico do consumidor é bastante limitando, o que, com absoluta certeza, não é o caso dos apreciadores da cerveja.

A segunda, por sua vez, também não é plausível, pois a simples venda de produtos concorrentes dentro de um mesmo estabelecimento não configura ofensa à reputação da empresa, vez que cada uma possui profissionais de *marketing* responsáveis pela propagação de sua marca, fator este que, aliado ao preço e gosto subjetivo do consumidor, são os responsáveis diretos pela venda.

Tampouco não há que se falar em proteção aos investimentos realizados, pois não há a necessidade de maiores investimentos na modernização de um ponto de venda para que ele possa vender os produtos da líder de mercado. Essa exceção, aliás, é a razão pela qual é permitido a celebração de contratos dessa natureza com bares "mais nobres", nos quais, como dito anteriormente, o investimento é notoriamente maior e a qualidade da cerveja se confunde com a própria qualidade do estabelecimento.

Ainda, não cabe a argumentação de que tais acordos visam à proteção de economia de escala, já que, considerando a participação dos produtos do portfólio de cervejas

---

<sup>61</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Condutas*. Malheiros, São Paulo, p.248-249.  
<sup>62</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Revista dos Tribunais, 5 ed, São Paulo, 2012, p. 360.

da AmBev no mercado - 97% dos PDVs comercializavam pelo menos uma<sup>63</sup> - não haveria necessidade de se valer de tais contratos.

Por fim, a possibilidade de exclusividade como forma de proteção ao desenvolvimento tecnológico, até pelo exposto no primeiro item, também não goza de plausibilidade no mercado de cerveja<sup>002E</sup>

Desta forma, não havendo a caracterização de nenhuma exceção permissiva à configuração de contratos exclusivos entre fornecedor e comprador, a conduta adotada pela AmBev foi, sim, considerada como anticoncorrencial, prejudicando a livre concorrência.

#### **8.4 - A decisão**

Diante de toda a investigação feita durante o processo administrativo (cópia de documentos, pesquisas e depoimentos pessoais de pontos de vendas), o Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan concluiu pela configuração de restrição vertical, por parte da AmBev, prejudicial à livre concorrência.

Decidiu ele que, apesar de não ter sido comprovada a exclusividade formal nos programas postos sob análise, houve, sim, a ocorrência de uma exclusividade de fato, ou, em alguns casos, a imposição de limites (*share* de 90%) para a venda de produtos de marcas concorrentes.

Aliás, essa variação que se viu presente foi um dos pontos prejudiciais à representada, vez que demonstrou a não-linearidade de seu programa de descontos, pois restou comprovado que a uns ela exigia a cláusula de exclusividade e a outros aceitava "apenas" a limitação.

Nas palavras do relator do processo, Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan: “para haver efeitos anticompetitivos, não é necessário que ocorra a prática de fechamento de

---

<sup>63</sup>

Pesquisa IBOPE, 2006

mercado; basta que se constate a não linearidade em programa de empresa de posição dominante.”<sup>64</sup>

Ou seja, essa não uniformidade da empresa demonstrou sua estratégia predatória contra suas rivais, ao passo que, não coincidentemente, a ocorrência do maior número de acordos em que a contrapartida era o estabelecimento de um *share* dos outros produtos se deu em mercados nos quais sua posição dominante não era tão evidente, como em outros. Era, pois, análise de mercado aplicada na consecução de novos parceiros e, consequentemente, crescimento da marca, em âmbito regional.

Esse crescimento, também, não era necessariamente o fim visado pela empresa na execução de seu programa. Sua finalidade era, sobretudo, a contenção do crescimento das marcas rivais.

No mais, quanto à totalidade da denúncia, o CADE decidiu apenas pela configuração de prática anticoncorrencial no referente aos programas "Tô Contigo" e "Festeja". Não acolheu, por outro lado, aquelas referidas (i) a eventuais práticas de predação por meio de utilização de marcar de combate e (ii) a prejuízos gerados à livre concorrência decorrentes de propaganda enganosa.

A primeira não foi aceita, porque, segundo entendimento do Conselheiro Relator, houve sim a constatação de diminuição de preço de produto AmBev, mas não para valor inferior ao seu custo marginal. Tratou-se, portanto, de prática empresarial aceita, uma resposta lícita ao crescimento da marca concorrente.

A segunda, por sua vez, não foi acolhida, já que, no entendimento da Secretaria, acolhido pelo Relator, não pode-se falar na existência de poder de mercado, por parte da representada, no campo publicitário, capaz de gerar danos aos concorrentes. Todos, nessa seara, disputam em pé de igualdade e com as mesmas armas.

Assim, entendeu o Conselho que a prática adotada pela Ambev enquadrou-se no que dispunha o art. 20, I e IV, concomitante com o art. 21, IV, V e VI, ambos da antiga lei antitruste brasileira, a Lei 8.884/94.

---

<sup>64</sup> Voto proferido pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no processo administrativo 08012.003805/2004-10

A decisão do presente caso, por fim, serve como um marco jurisprudencial do Sistema Brasileiro de Defesa da Economia, deixando claro a todos os *players* desse mercado como o processo econômico deve ser conduzido.

## 9 - CONCLUSÃO

No momento em que há a caracterização do abuso de poder por aquele que detém a maior parte do mercado, deve haver, ato contínuo, a punição ao seu responsável. E aquele é presumido quando seu agente atua no sentido de restringir mercado em potencial para seus concorrentes, como quando negocia com cláusulas de exclusividade.<sup>65</sup>

Assim, uma vez que as ações da AmBev limitavam a livre concorrência e a livre iniciativa, bem como sua atitude caracterizava abuso de sua posição dominante, imperiosa foi a intervenção do CADE para resolução da infração econômica.

Aliás, vale destacar, essa não foi a primeira vez que a AmBev se viu sob análise do CADE: no ato de sua constituição – surgiu da fusão entre Brahma e Antártica –, ela foi obrigada a assinar um Termo de Compromisso de Desempenho, pelo qual abriu mãos da marca Bavaria e outros bens de produção, além de condicionar sua atividade ao não predatismo concorrencial.

Nesse sentido, utilizando mais uma vez do voto do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan:

“Os fatos aqui apurados e o teor deste voto demonstram o quanto o poder econômico, exercido de forma abusiva, pode ser danoso não somente aos concorrentes e ao mercado, mas aos consumidores, intermediários (pontos de venda) e finais (cidadãos).

No caso sob exame, fica demonstrado que um agente econômico com participação de mercado próxima a 70% (setenta por cento) (...), deve ser responsável e cuidadoso o suficiente para que as suas práticas comerciais não tenham repercussões negativas, fora de seu âmbito de interesse. Um movimento de um elefante sempre terá maiores repercussões, num espaço limitado, do que o movimento de um felino, por exemplo.

---

<sup>65</sup>

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 55.

Assim, o poder de dominância atrai maiores responsabilidades. Parafraseando o ilustre representante do Ministério Público Federal neste Conselho, Augusto Aras, em manifestação alhures: ‘na perspectiva da célebre constatação de Montesquieu ‘todo aquele que está no poder tende a dele abusar’. Entendo que tal constatação vale não somente para o poder político, mas também para o poder econômico, pois poder é faculdade, capacidade, meio de alcançar, em qualquer atividade humana.’<sup>66</sup>

A responsabilidade destes sujeitos, detentores de grande parte do mercado nacional, é enorme, pois são eles que, com suas ações, ditam as regras do jogo, de certa forma, pois possuem mais capacidade para tanto.

A importância dessa reflexão é tamanha que esteve expressa no art. 20 da Lei 8.8884/98 e mantém-se presente também no dispositivo normativo responsável pela tutela da concorrência, a Lei 12.529/11.

Como consequência, o CADE demonstrou, com essa decisão, que o equilíbrio nacional é sua preocupação primordial, e que não medirá esforços em sua defesa, não importando o tamanho e importância da infratora, nacional e internacionalmente.

Ele não apenas reafirmou a limitação da liberdade de contratar. Ele reafirmou a defesa da concorrência a todo custo e contra todos, até contra ela mesma. O sistema econômico capitalista democrático prevaleceu sobre o sistema econômico capitalista liberal.

Essa foi a maior mensagem da decisão proferida pelo Conselho.

Esta, aliás – a concorrência –, é o bem maior a sempre ser protegido, pois, antes de cuidar da manutenção da ordem, ela representa um modelo econômico, um sistema adotado pelo Estado para seu mercado. Desfazer-se dela é desfazer-se do sistema de produção capitalista, historicamente consagrado como o melhor modelo econômico a ser seguido.

Ela é o instrumento capaz de organizar, direcionar e proteger todas as atividades econômicas, simultaneamente. Sua maior riqueza, como dito inúmeras vezes no decorrer do

---

<sup>66</sup> Voto proferido pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no processo administrativo 08012.003805/2004-10

estudo, é ser ela, ao mesmo tempo, precursora do capitalismo e sua tutora. Ela impede que ele seja um fim em si mesmo.

E decorrentes dela, os princípios postos aqui em conflito, livre concorrência e liberdade de contratar são, na verdade, complementares, e não opostos. É através deles, das suas consequências, que é possível evitar o andar natural do sistema capitalista, recusando-se a aceitar a formação de monopólios ou oligopólios.

É nesse diapasão que o Direito Concorrencial se apresenta como ferramenta indispensável na sustentabilidade da ordem econômica expressa em nossa Lei Fundamental. Ele possui os mecanismos necessários para, com fulcro nos dois princípios supracitados e, principalmente, na concorrência, instituir uma ordem capaz de se sobrepor aos interesses particulares dos mais diversos grupos, independentemente do poderio que detenham.

E mais, consegue, hoje, como resultado de toda uma evolução no pensamento concorrencial e até mesmo protecionista, preocupar-se não apenas com a concorrência e os concorrentes, mas também com o elo mais fraco dessa relação, mesmo que oculto: o consumidor. É ele, em última escala, que sofre os prejuízos resultantes de transações ilícitas e formações anticoncorrenciais, pois é da natureza do empresário nunca perder.

Nesse sentido, a atual legislação antitruste, a Lei 12.529/11, trouxe grande inovação normativa ao dispor, expressamente, em seus artigos 32 e 33, quanto à responsabilidade solidária entre companhias, grupos econômicos e seus dirigentes, quando da constatação de infração à ordem econômica.

Essa nova determinação mostra, de maneira cristalina, a preocupação social constitucional transpassada também à ordem econômica. E casos recentemente julgados pelo CADE, com destaque especial para o tratado mais cuidadosamente nesse estudo, demonstram, da mesma forma, que assim prosseguirão suas análises, servindo como norte a todos aqueles integrantes desse jogo de poder.

Por fim, há de se ter a consciência da extrema importância da pluralidade de interesses envolvidos no direito concorrencial, como forma de se encontrar o equilíbrio. Esse equilíbrio deve se preocupar sempre com o contentamento e proteção dos direitos do

consumidor. É a junção desses dois - interesse do consumidor e equilíbrio concorrencial - que deve servir como parâmetro para análises de eventuais impasses.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup>

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 57

## 10 – BIBLIOGRAFIA

- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 14 ed, São Paulo, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da Livre Concorrência – Função Regulamentar e Função Normativa*. Malheiros, Revista Trimestral de Direito Público, 4/1993, São Paulo
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Revista dos Tribunais, 5 ed, São Paulo, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. Editora Saraiva, 2 ed., São Paulo, 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. Malheiros, São Paulo, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. Malheiros, São Paulo, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Regulação e Concorrência*. Malheiros, São Paulo, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Regulação da Atividade Econômica*. Malheiros, São Paulo, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. Saraiva, São Paulo, 1990.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, 15<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1998
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Livro de Reformulação da Ordem Jurídica e Outros Temas*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, vol. 7, São Paulo, 1990

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Saraiva, 3<sup>a</sup> ed., vol. 1, São Paulo, 2000

REALE, Miguel. *Inconstitucionalidade de Congelamentos*, Jornal Folha de São Paulo, 19.10.88

DA SILVA, José Afonso. *A economia e o controle do Estado*. O Estado de São Paulo, 04.06.1989, p. 50,

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, SALOMÃO FILHO, Calixto e NUSDEO, Fábio. *Poder Econômico - Direito, Pobreza, Violência, Corrupção*. Manole, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Elsevier Editora, 2006.

BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina Jurídica da Concorrência – Abuso do Poder Econômico*. Resenha Tributária, 1984.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. Revista dos Tribunais, 6<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010.

CUÉLLAR, Leila e MOREIRA Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. Saraiva, São Paulo, 2001.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil Concorrencial*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. Atlas, 8<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2008.

ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo. *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. Atlas, São Paulo, 2010.

