

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#)

## Cartéis e Definição de Mercado

Este artigo tem por objetivo demonstrar que, nos processos envolvendo acusações de práticas de cartéis, mesmo que se aplique a regra per se, não é possível às autoridades furtar-se às definições dos mercados em que atuam as empresas acusadas.

Julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) têm com frequência concluído, mesmo que de maneira incidental, que os cartéis constituem infrações per se, não se lhes aplicando a regra da razão. É o caso, por exemplo do Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24 (caso dos aquecedores solares), decidido em 05 de agosto de 2015, em que, por conta da aplicação da regra per se, entendeu-se que “não é necessária a definição de mercado para os agentes que respondem por essa conduta, uma vez que a própria comprovação da conduta é suficiente para demonstrar o potencial de lesividade do ilícito”.

Para começar, devemos verificar se é válida a aplicação da regra per se no Brasil, sendo de se constatar que *“it was defined and developed by the federal judiciary. Moreover, it is explicitly driven by policies informed by judicial experience, the high cost of antitrust litigation, and our relative knowledge or ignorance of a particular practice”* (Herbert HOVENKAMP: *“The Antitrust Enterprise”*, Harvard, Cambridge, 2008, págs. 117/118).

É legítimo perguntar: até que ponto uma construção jurisprudencial norte-americana pode ou deve ser aplicada no Brasil? É preciso ter em mente que o direito norte-americano é baseado na *common law*, de matriz abertamente jurisprudencial, sendo que o direito brasileiro tem base no sistema romano-germânico, para o qual “a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei (...) finalmente, a lei, pelo rigor de redação que ela comporta, parece ser a melhor técnica para enunciar regras claras” (René DAVID: *“Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”*, Martins Fontes, São Paulo, 1986, pág. 93). Para o mesmo autor, “o direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial” (obra citada, pág. 367), sendo que “a lei (*statute*) é geralmente considerada, nos países da *common law*, como uma peça estranha à *common law*, capaz de trazer ao direito apenas certos aditivos, retificações de pontos particulares” (obra citada, pág. 396).

Assim, trazer uma criação jurisprudencial norte-americana para o Brasil é misturar dois sistemas distintos; pode-se dizer que, a grosso modo, a criação jurisprudencial norte-americana é equivalente à criação legislativa brasileira. Quando nos Estados Unidos vale a jurisprudência, no Brasil vale a lei. Obviamente não se quer aqui entrar na discussão sobre quem diz o que é a lei; mas o Poder Judiciário interpreta a lei, não a faz.

No Brasil, artigo seminal de Luis Fernando SCHARTZ demonstra que “uma investigação antitruste, seja ela qual for, deve ser interrompida em algum ponto. A diferença entre uma análise *per se* e uma que leve o título de ‘regra da razão’ consiste, típica e simplesmente, em que a análise do primeiro tipo pode ser interrompida em um estágio anterior que a do outro tipo. A identificação de uma conduta anticompetitiva pode requerer, em suma, uma quantidade maior ou menor de análise sobre as circunstâncias tratadas como relevantes” (“Ílícito Antitruste em Acordos entre Concorrentes”, Revista de Direito Mercantil, Volume 124, outubro/dezembro de 2001, pág. 58). Vale esclarecer que em nenhum momento o autor exime a autoridade concorrencial de definir o mercado em que ocorre determinada infração, mesmo que a análise seja do tipo *per se*.

Analisemos a legislação brasileira, começando pela sua matriz constitucional: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º). O elemento volitivo está claro na expressão “que vise a”, razão pela qual sempre é necessário perquirir da intenção do agente, o que, desde logo, impõe forte restrição à aplicação da regra *per se*.

Estabelece, por sua vez, o art. 36 da Lei 12.529, de 2011: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”: “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “II – dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “III – aumentar arbitrariamente os lucros” e “IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

Deixando de lado o inciso III – cuja inserção original tem motivos estranhos ao direito concorrencial – vemos que nenhum dos incisos do art. 36 prescinde da análise de mercado: a limitação, o falseamento ou o prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa ocorrem dentro de um mercado; o domínio de mercado relevante de bens ou serviços precisa do conhecimento desse mercado alegadamente dominado; e o exercício abusivo de posição dominante só pode ser caracterizado se a posição dominante for avaliada dentro de um certo mercado.

Vejamos um exemplo hipotético: em um determinado mercado com três participantes, um deles detém 80% de participação, enquanto cada um dos dois outros detém 10%. Se esses dois participantes menores entram em conluio, pergunta-se: existe aí um cartel? Há prejuízo para a livre concorrência? Há domínio de mercado relevante? Há exercício abusivo de posição dominante? No exemplo dado, obviamente é fundamental a análise do mercado.

O que se vê, então, é que o direito norte-americano, de criação basicamente jurisprudencial, aplica a regra *per se*, que é efetiva criação jurisprudencial, com naturalidade; já o direito brasileiro

deve aplicar a lei, sendo que, se a própria lei pressupõe perquirir o mercado em que se dá a infração, não é possível, utilizando o pressuposto jurisprudencial, deixar de fazer tal análise.

Artigo publicado no site de informações Jota em 15 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/carteis-e-definicao-de-mercado-15042016>