



Até quem não traz risco ao mercado pode ser investigado

Está em curso no Congresso Nacional, em estágio avançado, Projeto de Lei, de relatoria do deputado federal Ciro Gomes, voltado a reestruturar a atividade de defesa da concorrência no Brasil. Dentre vários aspectos que o PL visa modificar, encontra-se o controle de condutas anticoncorrenciais em que se elimina a presunção de posição dominante. As mudanças propostas são bastante significativas, podendo potencializar a redução da segurança jurídica — notadamente da previsibilidade — dos agentes econômicos alcançados pelo diploma antitruste.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, elege como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, bem ao lado da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Fixa também, em seu artigo 170, com grau de princípio constitucional, a livre concorrência.

A relação entre estes dois princípios constitucionais transmite a mensagem de que os agentes econômicos (empresas, consumidores e trabalhadores) devem ser livres até o ponto de não ferirem a liberdade de outros agentes econômicos, ou seja, a livre concorrência. Dada a abstração deste raciocínio, foi necessária a edição de norma infra-constitucional que conferisse maior objetividade e aplicabilidade a essa interpretação constitucional, a Lei 8.884/94, instrumentalizando, assim, a intervenção mínima do Estado na liberdade dos agentes econômicos.

Tal intervenção é refletida no conceito de fiscalização, relembrando-se a vedação constitucional da intervenção do Estado na economia como agente controlador, vez que caiu por terra, há tempos, a concepção de Estado de bem-estar como paradigma ideal de atuação estatal.

Todavia, não raras vezes, o Estado intervém ocasionando sérios problemas e efeitos indesejados ao mercado e à economia como um todo. Importa deixar claro que a reflexão seria diferente se estivessemos diante de um Estado em que as autoridades públicas, em sua maioria, não olhassem com suspeita a atividade empresarial desempenhada pelo agentes econômicos.

Hoje, na vigência da Lei 8.884/94, quando consultados, como advogados, sobre a aceitação jurídica de uma conduta comercial sob o prisma desta lei, após identificarmos o mercado relevante em que referida conduta é ou será levada a efeito, avaliamos se os agentes econômicos envolvidos possuem, conjunta (para os casos de ação concertada) ou isoladamente, posição dominante.

Atualmente, presume-se que a posição dominante decorre de participação de mercado (*market share*) igual ou superior a 20%. Assim, não é incomum a utilização de hipóteses extremas, inclusive com apelo didático, para elucidar os diferentes cenários, de relevância ou não para a livre concorrência: a recusa de venda por um pipoqueiro de esquina, com ínfima participação de mercado sem posição dominante, é diferente da recusa de venda por agente econômico com mais de 20% de participação de mercado com posição dominante.

Por que 20%? Como a Constituição Federal de 1988 recorreu a conceitos exógenos ao universo do direito positivo para tratar do tema da liberdade em sua acepção econômica, é inexorável recorrer-se à teoria econômica para aplicar as disposições legais nesse sentido, de modo que, esta tem mostrado o



patamar de 20% de participação em um mercado relevante como significativo, não afastando, obviamente, as hipóteses em sentido diverso.

É claro que o poder de mercado não decorre apenas de uma significativa participação de mercado, mas sim de uma conjunção de fatores estruturais, como barreiras à entrada, inelasticidade preço-demanda, incontestabilidade, etc.. Contudo, caracteriza, em regra, um bom indício para tanto.

Esta presunção, considerada conservadora numa perspectiva de direito comparado (na Europa o mínimo é de 25%), é relativa (*iuris tantum*), ou seja, admite prova em contrário. Todavia, serve de parâmetro para que agentes econômicos sem potencial de lesar a concorrência não sejam processados pelo Estado e, assim, se vejam livres de todos os ônus dessa situação, inclusive de pesados custos/sanções.

Assim, para exemplificar, acordos de exclusividade, acordos de distribuição com delimitação territorial, recusa de venda, e relações entre concorrentes em geral estão, ao menos em tese, fora da abrangência do controle de condutas atualmente empregado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), uma vez que seus participantes possuam menos de 20% de *market share*. O atual cenário permite, portanto, que realizem cálculos de risco mais precisos para mesurar suas expectativas em torno de suas respectivas liberdades de iniciativa. Decorrencia desse raciocínio é que, possuindo 20% ou mais de participação de mercado nos mercados relevantes envolvidos pela conduta, é possível que os agentes econômicos possam ser processados no âmbito do SBDC e, logo, tenham que demonstrar a pertinência jurídica das práticas questionadas.

O PL, à sua vez, elimina a presunção de posição dominante para o controle de condutas, o que abre espaço à hipótese de que qualquer agente econômico, independentemente de sua relevância, possa ser processado por infração à concorrência, nos termos da nova lei. Em outras palavras, o antigo exemplo de sala de aula pode cair por terra, tornando-se válida a assertiva de que até um pipoqueiro, com participação de mercado imaterial, poderá ser processado por infração à lei de defesa da concorrência.

O resultado dessa alteração de cenários pode representar relevantes externalidades negativas (conjunto de efeitos indesejados), capazes de alcançar o próprio Estado, que poderá despender recursos públicos desnecessários para investigar agentes econômicos sem potencial de lesar a livre concorrência, como, sobretudo, alcançar os agentes privados, desincentivando-os a permanecer e ingressar em mercados em função de eventuais problemas ensejados por processos administrativos.

Portanto, é premente que se ajuste esse ponto do PL para que se preserve, a bem de uma mínima segurança jurídica e da finalidade da atuação do Estado em defesa da concorrência, a presunção relativa de posição dominante, tal como se encontra na Lei 8.884/94, em vigor.

Date Created

21/09/2007