

# ABUSO DE PODER ECONÔMICO NAS CONDUTAS HORIZONTAIS ANTI-CONCORRENCIAIS DESDE UMA PERSPECTIVA COMPARADA

*ABUSO DE PODER ECONOMICO EN LAS CONDUCTAS HORIZONTALES  
ANTICOMPETITIVAS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA*

Gaston Jose Giuffre

Martha Asuncion Enriquez Prado

**SUMARIO:** INTRODUÇÃO. 1. ESTATUTO EPISTÊMICO DA PESQUISA. 1.1. Simbiose entre Direito e Economia. 1.2. Fundamento da relevância do Direito Comparado. 2. O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NAS CONDUTAS HORIZONTAIS ANTI-CONCORRENCIAIS. 2.1. Modalidades de manifestação das condutas horizontais anti-concorrenciais. 2.2. Práticas Concertadas. 2.3. Comportamento Paralelo. 2.4. Objeto ou Efeito anti-concorrencial. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **RESUMO**

O artigo analisa as condutas horizontais anti-concorrenciais à luz de diferentes legislações, sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. Entre tais condutas: os acordos, as decisões, as recomendações e o Grupo Econômico. Destacam-se, também, os perfis das práticas concertadas e de comportamento paralelo, modalidades que infringem a livre concorrência, como os regimes de proibição absoluta e de proibição relativa, segundo os efeitos anti-concorrenciais das condutas horizontais. A pesquisa se justifica porque o estudo de diferentes legislações contribui em muito para melhor compreender o alcance e sentido dos preceitos normativos que definem *a priori* condutas horizontais anti-concorrenciais; a diferença do *Common Law* que as define, essencialmente, pela prática jurisprudencial. O trabalho adota como referência teórica a simbiose entre o Direito e a Economia e a relevância da perspectiva do Direito Comparado para analisar a temática proposta, por considerar que estimula uma aprendizagem consistente e completa do objeto de estudo, qual seja aprofundar no conhecimento das formas de abuso de poder econômico, em especial das condutas horizontais anti-concorrenciais, por meio da cooperação dos sistemas jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVES:** Abuso de poder econômico; Condutas horizontais anti-concorrenciais; Livre concorrência; Direito Comparado.

## **RESUMEN**

El artículo analiza las conductas horizontales anticompetitivas a la luz de diferentes legislaciones, su interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Entre tales conductas: los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones y el Grupo económico. Se destacan,

también, los perfiles de las prácticas concertadas y del comportamiento paralelo, modalidades que infringen la libre competencia, como los regímenes de prohibición absoluta y de prohibición relativa, según los efectos anticompetitivos de las conductas horizontales. La pesquisa se justifica porque el estudio de diferentes legislaciones contribuye en mucho para mejor comprender el alcance y sentido de los preceptos normativos que definen *a priori* conductas horizontales anticompetitivas; a diferencia del *Common Law* que las define, esencialmente, por la práctica jurisprudencial. El trabajo adopta como referencia teórica la simbiosis entre el Derecho y la Economía y la relevancia de la perspectiva del Derecho Comparado para analizar la temática propuesta, por considerar que estimula un aprendizaje consistente y completo del objeto de estudio, cual sea profundizar en el conocimiento de las formas de abuso de poder económico, en especial de las conductas horizontales anticompetitiva, por medio de la cooperación de los sistemas jurídicos.

**PALABRAS CLAVES:** Abuso de poder económico; Conductas horizontales anticompetitivas; Libre competencia; Derecho Comparado.

## INTRODUÇÃO

A análise das condutas horizontais anti-concorrenciais, neste caso à luz da legislação, doutrina e jurisprudência do Peru, MERCOSUL e União Européia e, não exclusivamente do direito concorrencial Norte Americano, contribui para compreender melhor esta forma de abuso de poder econômico? Para responder à questão, a proposição-tese deste artigo sustenta que a contribuição do Direito Comparado, na análise específica das condutas horizontais anti-concorrenciais, contribui e define melhor os alcances e sentido dos preceitos normativos que definem *a priori* tais condutas. E para alcançar esse objetivo emprega-se como método a reflexão dedutiva de teorias, de pressupostos epistemológicos e de normas jurídicas.

Por outro lado, o vínculo entre Direito e Economia e os proferimentos do Direito Comparado tanto de base legislada quanto do *Common Law* são a referência teórica deste artigo (marco epistêmico – elemento externo do objeto de pesquisa). De maneira que o Direito Comparado ganhou novas dimensões, devido à abertura nas searas culturais, econômicas e políticas vivenciadas pelos Estados. Assim, entende-se que empregar esta técnica de análise para o campo temático da pesquisa contribuirá para uma melhor compreensão do objeto de estudo.

Esta pesquisa se justifica por que neste campo temático dos ordenamentos jurídicos existentes, o direito Norte Americano tem exercido grande pressão em prol da adoção de seus preceitos (fenômeno de importação e exportação de institutos legais

denominado de transplantes jurídicos). Por isso, analisar uma forma específica de abuso de poder econômico não pode se iludir dos proferimentos do Direito Comparado. Embora o sistema Norte Americano seja uma referência, os ensinamentos provenientes de outros ordenamentos estrangeiros, de base legislada (adotados no trabalho) fazem possível a coexistência de diferentes sistemas jurídicos.

## **1. ESTATUTO EPISTÊMICO DA PESQUISA**

Inicialmente, para respeitar a ordem de metodologia de análise se demarca o marco teórico na estreita relação entre a Economia e o Direito, e se fundamenta sobre a relevância da perspectiva do Direito Comparado.

### **1.1. Simbiose entre Direito e Economia**

A Economia e o Direito são ciências irmãs, de maneira que a mudança em uma das ciências acarreta, necessariamente, efeitos na outra. Esta simbiótica relação pode ser demonstrada em princípio, de forma propedêutica, pela tomada de decisões individuais por meio da qual as pessoas enfrentam *tradeoffs*. Este termo significa “uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros” (MANKIWI, 2007: 4). Tem-se a asserção de que “a tomada de decisões exige escolher um objeto em detrimento de outro” (Idem). Os efeitos das escolhas, *a priori*, em matéria econômica, também deflagram efeitos na área jurídica. Estes efeitos mútuos, promovido pelas decisões tomadas, são demonstrados, por exemplo, em alguns *tradeoffs* acreditados como clássicos na literatura da economia, o denominado “armas e manteiga”. Entende-se que “quanto mais gastamos em defesa nacional (armas) para proteger nossas fronteiras de agressores estrangeiros, menos podemos gastar com bens de consumo” (Ibid.: 5), neste escopo, a manteiga. Outro exemplo, freqüente na literatura econômica, versa no *tradeoff* existente entre a manutenção de um meio ambiente equilibrado e o nível elevado de renda. Nestes exemplos de *tradeoffs* mencionados constatam-se as relações simbióticas entre o Direito e a Economia. As diferentes e possíveis prescrições daquele (ou este) provocam, inevitavelmente, mudanças neste (ou naquele). E, atualmente, verificam-se maiores mudanças no Direito provocadas em função da economia.

Outro aspecto da relação simbiótica entre Direito e Economia se verifica nos câmbios profundos na elaboração de política interna dos Estados produzido pela globalização e pelo comércio internacional (este último, âmbito de conhecimento da economia internacional).<sup>1</sup> Os remédios do comércio mundial, fundado em uma filosofia liberal que advoga a quebra de barreiras alfandegárias e não tarifárias em prol à progressiva livre circulação de bens e serviços traduzem-se, na esfera jurídica, na desregulamentação ou em uma regulamentação mais permissiva que assegura tais fins. A conseqüência desta simbiose são mudanças de paradigmas. Até meados dos anos 1.990, as relações normativas orientavam-se na defesa da propriedade privada, na promoção de direitos fundamentais sociais, no respeito aos direitos humanos, e na atuação estatal sobre e no domínio econômico. A crise econômica e financeira presente, entretanto, pressiona para uma retirada do Estado em tarefas antes tidas como privativas, na redução do rol de direitos sociais, assim como na escusa de maiores atribuições que importem oneração estatal. Infere-se, como conseqüência, a desjuridicização de direitos. Verifica-se, também, a abertura estatal a normas alienígenas, como aquelas elaboradas em negociações multilaterais, o que demonstra que o Poder Legislativo interno perdeu sua competência prática de aprimorar, em determinadas matérias, preceitos normativos. Dentre as possíveis motivações, deve-se ao fato de que questões, antes privativas do âmbito doméstico estatal, não podem ser decididas isoladamente pelos Estados, como por exemplo: aspectos do comércio de um Estado aberto à economia mundial. O fenômeno da interdependência refletido nos sistemas institucionais de coordenação de políticas macroeconômicas assim o demonstra. As organizações internacionais e negociações multilaterais têm, paulatinamente, substituído a atuação do Poder Legislativo doméstico. Por sua vez a configuração atual do sistema das relações internacionais permite afirmar que as decisões tomadas em âmbito interno importam em efeitos transfronteiriços. Por exemplo, disciplinar com ampla liberdade os direitos da propriedade intelectual em determinado Estado, importa em efeitos concorrenciais em outros países do globo. É dizer que os *tradeoffs*, acima mencionados, ganharam proporções transnacionais. Por isso, e coerente com esta base, fundamenta-se a seguir sobre o Direito Comparado.

---

<sup>1</sup> Para ampliar sobre comércio internacional, sugere-se consultar: KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. **Economia Internacional** - Teoria e Política. Tradução ao Português por Celina Martins Ramalho Laranjeira. São Paulo: Makron Books, 1999, em especial pp. 189-257.

## 1.2. Fundamento da relevância do Direito Comparado

É sabido que, dentre os ordenamentos jurídicos existentes em matéria de abuso de poder econômico e concorrência, o direito Norte Americano tem exercido grande pressão em prol da adoção de seus preceitos. Ainda assim, destacar-se-ão a seguir fundamentos sobre a relevância da perspectiva do Direito Comparado tanto do *Common Law* Americano quanto de sistemas de base legislada, para fechar o estatuto epistêmico desta pesquisa.

O Direito Comparado possui como filosofia o constante e tolerante contato com o estrangeiro. Nils Jansen enuncia que a “comparação é a construção de relações de semelhança ou diferença entre diferentes matérias de fato” (2008: 310 – Tradução livre).<sup>2</sup> O método comparativo produz um conhecimento que busca as relações de paridade e distinção, perante uma característica comum entre os elementos em apreço. Tem-se, entretanto, a asserção lógica de que “não há como comparar o que é idêntico, e muito pouco em comparar o que não possui nada em comum” (DANNEMANN, 2008: 384 – Tradução livre).<sup>3</sup> A nomenclatura adotada – o Direito Comparado – pode induzir a equívocos, vez que não se trata, propriamente, de um ramo jurídico em que se possa delimitar um conjunto de regras conglobadas segundo características comuns. Trata-se de um método que se assenta na busca de diferenças e semelhanças. Nessas relações, “o equilíbrio próprio entre procurar por semelhanças ou por diferenças depende do propósito do questionamento comparativo” (DANNEMANN, 2008: 384-385 – Tradução livre).<sup>4</sup> Há também neste método de Direito Comparado determinada carga de política. Esta assertiva, entretanto, é objeto de inúmeros debates. A tendência é reconhecer a existência da política no Direito Comparado, e que este pode ser instrumento de aprimoramento da legislação interna ou da adoção de institutos jurídicos alienígenas para inseri-los no ordenamento pátrio.

A literatura de Direito Comparado em matéria concorrencial, notadamente, pauta-se em autores Norte-Americanos, porque impera um único Direito: o Direito Norte-Americano em matéria de concorrência. Esta afirmação demonstra que há uma

---

<sup>2</sup> “Comparison is the construction of relations of similarity or dissimilarity between different matters of fact”.

<sup>3</sup> “There is no point in comparing what is identical, and little point in comparing what has nothing in common”.

<sup>4</sup> “[...] the proper balance between looking for similarities and for differences depends on the purpose of the comparative enquiry”.

política singular imperando: exprimir quão ineficazes são as legislações em matéria de concorrência perante a Norte-Americana. David J. Gerber assevera, antes de analisar o Direito Concorrencial, que “o ensino do Direito Comparado tem sido marginal nas faculdades nos Estados Unidos por diversas razões. Uma é a tendência geral dos acadêmicos jurídicos de terem a certeza de que o sistema americano tem, relativamente, pouco em ganhar ao procurar outros sistemas jurídicos” (2008: 1203 – Tradução livre).<sup>5</sup> O latente desprezo pelo Direito Comparado nas faculdades Norte-Americanas contradiz a teoria elaborada por Werner Goldschmidt, para quem o direito estrangeiro transforma-se em um “Direito da Tolerância, ou seja, que, além de fazer factível e dinamizar a cooperação, difunde o ensino fundamental de que é possível a coexistência dos diferentes ordenamentos jurídicos” (2009: 15 – Tradução livre).<sup>6</sup> Neste artigo se adota esta última perspectiva por entender que dinamiza a cooperação de diferentes ordenamentos e, por seu meio, precisa melhor o alcance e sentido de determinados preceitos normativos. Esta perspectiva irradiará luz ao objeto desta pesquisa.

A pesar de este trabalho defender uma política diferente para o uso do Direito Comparado em matéria concorrencial, reconhece-se, entretanto, que impera a tese de que institutos do Direito Norte-Americano sejam incorporados em outros ordenamentos jurídicos. Uma das fundamentações deste império normativo Norte Americano, advém da escola jurídica da análise econômica do Direito ou *Law and Economics*. Comprova-se na ilação de Richard Posner, um dos idealizadores desta escola jurídica, em que “propôs que o *Common Law* é o melhor (não perfeitamente) explicado como um sistema que maximiza a riqueza da sociedade” (POSNER *apud* FAUST, 2008: 839 – Tradução livre).<sup>7</sup> No Direito Comparado, a exportação e importação de institutos jurídicos denomina-se na doutrina de “transplantes jurídicos”, circulação de modelos jurídicos, transferência ou recepção. Este “estudo comparado de transplantes e recepções investiga contatos de culturas jurídicas e explora os complexos moldes da mudança desencadeadas por eles” (GRAZIADEI, 2008: 442 – Tradução livre).<sup>8</sup> A

---

<sup>5</sup> “Comparative law scholarship has long been marginal in US law faculties for many reasons. One is the general tendency for US legal academics to assume that the US system has relatively little to gain by looking at other legal systems”.

<sup>6</sup> “[...] ‘Derecho de la Tolerancia’, o sea que, más allá de hacer factible y dinamizar la cooperación, difunde la enseñanza fundamental de que es posible la coexistencia de los diferentes ordenamientos jurídicos”.

<sup>7</sup> “[...] proposed that common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society”.

<sup>8</sup> “[...] comparative study of transplants and receptions investigates contacts of legal cultures and explores the complex patterns of change triggered by them”.

análise dos transplantes jurídicos versa sobre o estudo da proximidade entre sistemas jurídicos, havidos pela adoção de determinado instituto jurídico ou influência ideológica daqueles competentes para a produção normativa em determinado Estado. Uma das motivações enunciadas por Michele Graziadei, o prestígio, advém da assertiva do “desejo de ter o que outros têm, especialmente se este é acreditado como superior, seja suficiente para desencadear transplantes ou recepções” (GRAZIADEI, 2008: 457 - Tradução livre).<sup>9</sup> Outra causa elencada pelo autor em apreço refere-se ao aprimoramento econômico proporcionado pelo transplante de determinado instituto jurídico. A tese assenta-se na eficiência proporcionada pelo instituto jurídico transplantado, na sua capacidade de alocar de forma satisfatória os recursos escassos em uma economia.

Advoga-se pela importância das perspectivas que oferece o Direito Comparado, tanto do *Common Law* Americano quanto de sistemas de base legislada em matéria de condutas horizontais anti-concorrenciais, entre alguns, Peru, MERCOSUL, União Européia.

## **2. O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NAS CONDUTAS HORIZONTAIS ANTI-CONCORRENCIAIS**

Em geral a doutrina propõe os seguintes benefícios fundamentais da concorrência: um na produção, outro na distribuição. Considera Ferrer (2002: 91 – tradução livre): “[...] donde tem concorrência, a produção é maior, o uso dos recursos é mais eficiente. Os empresários preocupam-se por reduzir custos e de produzir aquilo que os consumidores desejam mais”. O dogma central da livre concorrência é a *eficiência*. Tema que já fora delineado, filosoficamente, por Adam Smith em sua investigação sobre as riquezas das nações. Sandoval destaca os seguintes benefícios sociais de um mercado concorrencial, a) “Eficiência asignativa”: Vinculam-se a disposição de pagar por parte do consumidor e o preço ofertado. Este aspecto também gera uma relação ótima entre quantidade a produzir e a demanda da sociedade; b) “Eficiência produtiva”: Rege-se pelo axioma de que destinar menos recursos durante o processo produtivo se traduz em uma melhoria no preço final. Este aspecto também é sublinhado por Ferrer (Idem – tradução livre): “O verdadeiro benefício da concorrência

---

<sup>9</sup> “The desire to have what others have, especially if it is deemed superior, may be enough to trigger transplants or receptions”.

[...] é o efeito que tem na distribuição, o efeito que tem em reduzir preços e assim transpassar rendas dos capitalistas (empresários) aos trabalhadores (consumidores)”. Esse é o pressuposto norteador do direito da concorrência nos EEUU, embora possa ser criticado por que não considera o interesse pessoal do empresário.

Esse pressuposto considera como lei lógica, necessária, fatal, o fato de que o aumento da produtividade transfere diretamente benefícios sociais para a comunidade global (por meio da diminuição de recursos que se traduz na melhoria do preço final). Não se toma em conta que isso nem sempre se pode verificar como realidade fatal, inexorável. Em muitos casos, a redução dos custos pode implicar, em lugar de uma redução do preço final, uma manutenção deste com aumento sim na ganância do empresário. Esse critério norteador da legislação concorrencial nos EEUU permitiu até a formação de cartéis de preços ou grandes concentrações empresariais (que tecnicamente afetam os interesses dos terceiros concorrentes), mas por beneficiar a produtividade num setor dado (estímulo à eficiência produtiva) isso suporia sempre em benefício final para o consumidor (por levar em conta, supostamente, a redução dos custos de produção). Nesse sentido, o interesse do consumidor aparece como pré-definido, como considera Salomão Filho (2002: 32): “[...] como interesse à eficiência econômica (que, por sua vez, em termos grosseiros, pode ser conceituada como produção a baixo custo) [este mecanismo...] não é sempre conveniente, sequer para o consumidor”. Mais adiante se destacaram outros aspectos desta crítica. Por ora, continua-se com os benefícios gerais destacados pela doutrina. Assim, o outro aspecto seria, c) “Eficiência dinâmica”: Inovação nos processos produtivos para melhorar a qualidade e, por último, d) “Democratização do acesso aos mercados”: Por tender a aumentar a oferta, por meio de uma maior variedade de produtos (SANDOVAL: 31-32).

O Direito Comparado oferece diferentes enunciados de proteção à livre concorrência. Assim, a Constituição do Peru, por exemplo, estabelece o dever do Estado em facilitar e vigiar o livre desenvolvimento do processo competitivo nos mercados. Deve orientar sua atuação para combater toda prática que limite a livre concorrência e o abuso de posição dominante (Ibid.: 32). Dita constituição alinha-se entre aquelas que favorecem o instituto da livre concorrência. Reconhece a livre iniciativa privada no marco de uma economia social de mercado (semelhante à Constituição Brasileira de 1.988). “Livre iniciativa privada” e “livre concorrência” são dois conceitos relacionados reciprocamente. Protege-se a liberdade econômica dos agentes em decidir, com base em sua preferência, a atividade econômica a desenvolver, se concorrerá ou não e a forma de

fazê-lo. As “liberdades econômicas” implicam um limite ao intervencionismo do Estado no mercado, salvo a sua função supervisora e reguladora que lhe compete para vigiar e corrigir as falhas do mesmo (como, por exemplo, se manifesta diante do exercício ilícito do poder de mercado). Considera a autora Martha Asunción Enriquez Prado (2008: 119):

O intuito é combater condutas que falseiam ou restringem a livre concorrência, a exemplo dos acordos “horizontais” [Aclaração da autora em nota a rodapé: Acordos entre empresas que se encontram nas mesmas condições – indústrias ou prestadoras dos mesmos produtos ou serviços] entre empresas que segmentam mercados nacionais ou inter-regionais, ou das relações “verticais” [Aclaração da autora em nota a rodapé: Acordos que se situam ao longo da cadeia produtiva ou distributiva] entre produtores e distribuidores.

As políticas de defesa da concorrência são: “controle de estruturas” (avaliação previa das operações de concentração empresarial – fusões, absorções, contratos de gerencia, *joint ventures* etc) e “controle de condutas” (por exemplo: práticas restritivas da concorrência). A finalidade é evitar atos que danem a livre concorrência. Assim, o cartel é uma prática horizontal anti-concorrencial que implica acordo, coordenação, conspiração para não competir em um mercado determinado. Os agentes se comportarão como sendo empresa única com o objeto de maximizar seus benefícios de maneira conjunta, por meio de diferentes modalidades: aumentando os preços, reduzindo quantidades ou a capacidade de produção, repartindo-se canais de distribuição, mercados geográficos, cotas de produção, clientes, provedores etc (SANDOVAL: 34).

No continente Latinoamericano, ditas práticas se encontram tipificadas, por exemplo, no art. 11.1 da Lei de Repressão de Condutas Anticompetitivas do Peru (LRCA), na seguinte forma: “Entende-se por práticas horizontais anti-concorrenciais os acordos, decisões, recomendações ou práticas concertadas realizadas por agentes econômicos competidores entre si que tenham por objeto ou efeito restringir, impedir ou falsear a livre competência” (Tradução livre). No âmbito da União Européia, já as mesmas práticas se tipificam no art. 101.1 do Tratado de Funcionamento da União Européia (TUE): “Serão incompatíveis com o mercado interior e quedarão proibidos todos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas que possam afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da competência dentro do mercado interior”. Por sua vez, no espaço Mercosulino o Protocolo de defesa da Concorrência do

MERCOSUL, assinado em Fortaleza, em 17 de Dezembro de 1996 (PDCM), estabelece em seu art. 4º:

Constituem infração às normas do presente Protocolo, independentemente da culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituem abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes.

Com base em estes enunciados normativos, a seguir se desenvolvem os critérios doutrinários e jurisprudenciais que precisam seu alcance e sentido com a finalidade de demonstrar a proposição-tese desta pesquisa.

## **2.1. Modalidades de manifestação das condutas horizontais anti-concorrenciais**

A proposição-tese deste artigo sustenta que os aportes do Direito Comparado em matéria de condutas anti-concorrenciais, analisando especificamente as condutas horizontais, contribuem para melhor definir os alcances e sentidos de preceitos normativos que regulamentam este tema. Para demonstrar esta hipótese, se procede a seguir.

### **a) Os Acordos**

Trata de um contrato, pacto, convênio, anuência – os competidores concertam suas vontades – sobre algum fator ou condição da oferta que restringe a concorrência: fixação de preços, repartição de mercados geográficos, repartição de clientes, restrição da quantidade produzida (SANDOVAL: 35). Não interessa a forma em que se manifesta essa concertação de vontades: oral, escrita, senão a intenção de se conduzir no mercado de forma coordenada (Idem). Assim, o Tribunal de Justiça Europeu (TJE), no caso “Comisión vs. Anic Partecipazioni (1999)” estabeleceu: “[trata-se de uma] vontade de se comportar de uma determinada maneira no mercado” (Ibid.: 36 – Tradução livre).<sup>10</sup> Interessa a *materialidade da conduta*, não a forma, nem a subjetividade, nem que o acordo seja oponível juridicamente entre as partes. Por exemplo: O *pacto de caballeros* pode eventualmente ser sancionado. Em concordância, o Tribunal de Primeira Instância

---

<sup>10</sup> Caso referenciado em SANDOVAL (: 36).

Europeu (TJCE) tem dito: “basta expressar a intenção de se conduzir de uma maneira particular” (caso: “Tréfileurope vs. Comisión (1995)” – Tradução livre).<sup>11</sup>

A Sala de defesa da competência do Tribunal do INDECOPI do Peru, o define do seguinte modo: “A palavra acordo não se refere exclusivamente a contratos como fonte de obrigações, senão a todo um gênero de atos nos que uma das partes se obriga a limitar sua liberdade de ação respeito de outra, com a finalidade última de restringir a competência” (SANDOVAL: 36 – Tradução livre). Para desentranhar a expressão acordo, tanto a doutrina como a jurisprudência têm interpretado de forma ampla o termo. A vontade pode manifestar-se de forma expressa ou implícita. Este último caso se dá, por exemplo, na manifestação pública de uma empresa de determinadas condições de comercialização de seu produto e logo, suspeitosamente, as mesmas são seguidas por seus competidores. Aqui emergem uma serie de problemas para serem destacados: 1) Os cartéis se têm sofisticado. Verifica-se na realidade certa complexidade para planejar e implementar os acordos por parte das empresas, de forma tal que dificulta a investigação e conseqüente repressão; 2) Diante da complexidade e duração dos acordos, a condições do cartel mudam. Durante a vida do acordo alguns agentes participam mais ativamente que outros. Estas são circunstâncias que tornam oneroso o procedimento investigativo. Para mitigar este problema, a Comissão Européia desenvolveu a teoria do “acordo único”: Todos os agentes, independentes de sua participação, são responsáveis (Caso “ANIC SpA y otros – caso polipropileno-(1986)” – Tradução livre). Assim, as reuniões periódicas e institucionalizadas configuram um conjunto de sistema e de acordos adotados, constituindo um acordo único e contínuo. Raciocínio confirmado pelo TJCE no caso “NV Limburgse Vinyl Maatschappij vs. Comisión (1999)” (SANDOVAL: 37-38).<sup>12</sup>

Tampouco é necessário adequar a conduta aos padrões da tipicidade normativa para poder concluir que se tem cometido uma infração anti-concorrencial. Pode se configurar a conduta anti-concorrencial sem que a autoridade tenha que se pronunciar se houve “acordo” ou “prática concertada”. Doutrina confirmada pelo TJCE, no caso “NV Limburgse Vinyl Maatschappij vs. Comisión”, estabeleceu que não se pode classificar a infração de maneira precisa, para cada empresa e para cada momento dado, no contexto

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Embora no caso “Cementiries CBR SA vs. Comisión (2000)” o TJCE retrocedeu em tal presunção: “Cuando existen numerosos acuerdos bilaterales y multilaterales entre varias empresas, no se puede presumir por este solo hecho que forman parte de un acuerdo único, siendo necesario que se pruebe lo contrario”. Referenciado em SANDOVAL (: 38).

de uma infração complexa (muitos anos de duração entre vários produtores tentando regular o mercado entre eles). Assim, a “tipificação conjunta” é permitida quando a infração inclui elementos de ambas as modalidades, isto é: i) de um acordo anti-concorrencial e de ii) uma prática concertada. A autoridade não está obrigada a provar a realização por separado de ambas as formas de práticas anti-concorrenciais. Seria artificial subdividir condutas contínuas, tendo uma e outra um objetivo único, dentro de muitas infrações discretas (configura o que se denomina um todo complexo que compromete muitos elementos fáticos, alguns dos quais seria tipificado como acordo e outro como prática concertada) (Ibid.: 39-40). De algum modo, isto demonstra a tese de Habermas (2001: 70-72/73) de que o projeto político de integração regional (supranacional) permite recuperar a política perante as forças econômicas globalizadas.<sup>13</sup> Detecta-se como a autoridade, no caso, a Comissão (órgão político permanente da integração Europeia) no exercício de sua competência condiciona politicamente o poder econômico de certos agentes.

#### b) O Grupo Econômico

“Acordo anti-concorrencial” supõe empresas independentes entre si. Sendo que importa a materialidade dos fatos, a ausência de independência torna materialmente impossível que as empresas possam conspirar e executar um acordo anti-concorrencial. Não existirá “acordo”, e conseqüentemente sanção, se as empresas formam parte ou constituem um grupo econômico: vinculadas por relações de controle e obedecem a um mesmo centro de imputação de interesses (SANDOVAL: 40). A doutrina da Corte Suprema dos EEUU – caso “Copperweldcorp vs. Independence Tube Corp”- estabeleceu que não é possível a prática anti-concorrencial entre empresas de um grupo econômico, toda vez que não se trata de competidores efetivos, senão que atuam como uma “quadrilha de cavalos que tiram de um mesmo carro mas estão dirigidos por um só condutor” (Idem – Tradução livre). Devem formar parte de uma unidade econômica na qual a empresa subsidiária não é independente para determinar sua estratégia dentro do mercado. Este também é o critério da Comissão Europeia e do TJE. Mesmo assim, este último órgão jurisdicional exige um elemento adicional: o acordo deve ter por objeto

---

<sup>13</sup> Considera explicitamente Habermas (2001): “[referindo-se à supranacionalidade] fusões políticas desse gênero constituem uma condição necessária para uma recuperação da política diante das forças da economia globalizada”.

simplesmente estabelecer um reparto interno de funções entre as empresas. Para Sandoval (: 41) este critério é inadequado porque pode contribuir para sancionar empresas que formam um grupo econômico e seus acordos não tenham por objeto estabelecer um reparto de funções.

O importante é estabelecer se existe uma relação de controle (de uma empresa sobre outra ou de pessoa natural sobre empresas), como se dá, por exemplo, no seguinte caso: 50% de participação social sobre o capital de uma empresa, através da potestade de eleger à maioria dos membros do diretório. Assim, no grupo econômico se verifica uma unidade de decisão. O Tribunal de Defesa da Competência Espanhol, no caso “Gomyl S.A vs. Góndolas Merino S.L.” diz: “empresas que formam parte de um grupo econômico, se bem são juridicamente independentes, ajustam sua atuação e estratégia comercial às diretrizes emanadas de um ente comum, sendo a unidade de direção o rasgo definidor básico do grupo” (SANDOVAL: 42 – Tradução livre). Deve-se, então, verificar a real existência de autonomia de comportamento da filial respeito da matriz.

#### c) As Decisões e as Recomendações

Consistem em outro tipo de modalidade de prática horizontal anti-concorrencial. São condutas que se materializam no seno de um ente coletivo integrado por agentes econômicos, que em princípio devem competir no mercado, tais como os grêmios empresariais, os colégios profissionais ou as federações de empresários. A Sala de Defesa da Competência do Tribunal do INDECOPI do Peru estabeleceu que uma “decisão” se refere tanto às regras da associação de empresas de que se trate, quanto às decisões que vinculam a seus membros. O termo decisão inclui também às recomendações das associações de empresas dirigidas a seus membros (SANDOVAL: 43). Para configurar “decisão” não interessa se foi emitida pelo órgão competente para isso, nem o procedimento para sua formação, nem se o ente se encontra legalmente constituído para tal finalidade.

No âmbito Europeu, o TUE não faz referência às “recomendações”. Mesmo assim, o TJE fez extensivo o alcance da “decisão” incluindo à recomendação, sempre que manifeste a intenção de atuar no mercado de conformidade com a recomendação, tornando aplicáveis as normas de concorrência (caso: “Heintz van Landewyck SARL y otros vs. Comisión”). Tanto as “decisões”, como as “recomendações” adotadas em uma

associação podem gerar responsabilidade do ente coletivo, também pode derivar em responsabilidade de seus membros na modalidade do acordo. O Tribunal de Defesa da Competência Espanhol, no caso de ofício contra o Colégio de Farmacêuticos de Valencia (1999) considerou que tanto as “decisões”, de caráter vinculante, como as “recomendações” de caráter orientativo, tratam de acordos adotados por instituições formadas por operadores econômicos, consideradas como se fossem acordos entre os associados (Ibid.: 45). Ficção utilizada pela lei para evitar que os sócios, no caso dos colegiados, possam iludir suas responsabilidades por práticas anti-concorrenciais pelo procedimento de trasladar a responsabilidade da autoria formal ao ente coletivo.

## **2.2. Práticas Concertadas**

É uma forma de coordenação entre os competidores (que se caracteriza pela reciprocidade) sem que chegue a supor a celebração de um acordo propriamente dito, nem uma decisão nem recomendação. O TJE no caso “Imperial Chemical Industries Ltd. vs. Comisión (1974)” as definiu como forma de coordenação entre competidores que, sem ter atingido o estado de um acordo propriamente dito, substitui a sabendas os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas (Idem). Inclui uma ampla gama de condutas, ainda que sobre as quais não exista prova direta da concertação mesma. Aqui adota importância o que se denomina de “prova circunstancial”. A infração se infere logo de analisar os fatores estruturais e de concorrência no mercado (Por exemplo: existência de barreiras de entrada ao mercado, sistemas de distribuição, a elasticidade da demanda, a semelhança na estrutura de custos das empresas etc.). Índícios que permitam inferir uma prática de coordenação e cooperação, a pesar de não se formalizar em um acordo. Igualmente, tem que existir cuidado com o emprego de esta técnica probatória circunstancial para não sancionar o que se denominou de condutas “líder-seguidor” que são razoáveis e justificáveis em um mercado concreto.

Estas práticas exigem certo grau de comunicação (intercâmbio de informações) entre as empresas para ajustar suas estratégias e comportamentos reciprocamente. Os critérios a seguir: “coordenação” e “cooperação”, que não requer ser o resultado de um plano real, senão, que cada agente econômico tem o dever de determinar independentemente a política que adotará no mercado e não o faz. O TJCE no caso “Cimenteries CBR y otros vs. Comisión” estabeleceu dois elementos típicos: 1) Concertação entre empresas (qualquer contato direto ou indireto capaz de fazer evidente

o curso da estratégia comercial criando condições que não correspondem às normais no mercado – contato por meio do qual os operadores intercambiam informação estratégica); 2) Uma conduta executada conforme a essa concertação, quer dizer, se deve observar uma relação de causa-efeito entre ambos os elementos (SANDOVAL: 46-47). Por meio deste contato os competidores se informam a gestão logística própria de cada um de eles orientando a estratégia futura a seguir de modo recíproco,<sup>14</sup> de modo tal que diminui o risco e as incertezas próprias de um entorno de dinâmica concorrência. O TJCE no caso “Cimenteries CBR y otros vs. Comisión” estabeleceu como elementos constitutivos: 1) Concertação, 2) prática executada de acordo a essa coordenação, 3) relação de causalidade entre ambos os elementos (Ibid.: 48). O TJCE estabeleceu uma presunção *iuris tantum* referida a que ditas práticas produzem efeitos negativos sobre a concorrência. As empresas deverão provar o contrario. Critério semelhante ao adotado pelo Tribunal de Defesa da Competência do INDECOPI (Peru), no caso “Federico León contra UCISA S.A. y otros” (Idem).

É em definitiva uma forma de flexibilizar a exigência de um acordo formal, explícito ou implícito, onde a mera “prática” concertada poderia potencialmente configurar infração à concorrência. Sempre prevalece a materialidade das ações e seus efeitos na realidade. Metodologia adotada pela Secretaria Técnica da Comissão de Defesa da Livre Competência do INDECOPI do Peru, órgão instrutor, para a investigação de práticas concertadas, que tem fixado o seguinte método de avaliação (SANDOVAL: 49): 1) Estabelecer a existência de um comportamento paralelo; 2) De se confirmar, se procede a examinar se as características do mercado facilitam a realização de uma prática concertada; 3) Procede-se a determinar a existência de indícios que evidenciem que a atuação das empresas investigadas não pode ser explicada de outra maneira que não seja assumindo a existência de coordenação entre elas.

### 2.3. Comportamento Paralelo

---

<sup>14</sup> Pela analogia, e para compreender melhor a idéia de orientação recíproca, cabe indicar os apontes de Max Weber quando define ação social: “una conducta plural –de varios- que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida, orientándose por esa reciprocidad. La relación social consiste, pues, plena y exclusivamente, en la probabilidad de que se actuará socialmente de una forma (con sentido) indicable (...) Un mínimo de recíproca bilateralidad en la acción es, por lo tanto, una característica conceptual”. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 21. Apud PIZZOLO, Calogero. **Globalización e Integración**. Ensayo de una Teoría General. Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 33.

Comportamento não sempre coincidente ou idêntico, mas sim coordenado. Dois elementos presentes: Um de caráter material, atuação no mercado; outro, existência de coordenação mais ou menos precisa. O mero paralelismo ou identidade de conduta não basta para constituir prática concertada, sendo preciso a concorrência de um elemento consensual (Idem). Não todo comportamento paralelo constitui prática concertada. Um paralelismo de preço pode se dever a uma conduta “líder-seguidor”, ou ao aumento de um insumo comum na indústria ou simplesmente constituir o nível de equilíbrio de todo mercado em concorrência por ser uma realidade dinâmica e em movimento. Assim, todo agente econômico tem o direito de se adaptar inteligentemente à conduta existente e antecipada de seus concorrentes.<sup>15</sup> Portanto, devem existir para configurar comportamento paralelo outros indícios adicionais inequívocos de um “consenso” entre os agentes econômicos como causal do ajustamento das condutas comerciais. Na União Europeia não é sancionado o mero alinhamento estratégico e cooperativo de condutas dos agentes econômicos (a interdependência oligopólica entre concorrentes), que deriva da própria estrutura do mercado, tornando razoável com certo grau de certeza a estratégia futura do competidor. Exige-se, pelo contrário, alguma combinação ou contato entre eles como causal da prática anti-concorrencial. Embora, cabe ser mencionado, dita prática pode cair baixo a figura de abuso de posição de domínio coletivo.

a) Condições do mercado que facilitam o comportamento paralelo (Ibid.: 51)

A formação de cartéis é mais provável em mercados com as seguintes características:

1. Mercado concentrado;
2. As firmas têm semelhantes custos, processos, objetivos, ou grau de integração vertical e diversidade de produtos;
3. O produto ofertado é bastante homogêneo e não tem substitutos próximos;
4. A demanda é inelástica;
5. A informação sobre vendas acha-se plenamente disponível;

---

<sup>15</sup> Ver caso: “Coöperatieve Vereniging ‘SuikerUnie’ UA y otros vs. Comisión” do Tribunal de Justiça Europeu, referenciado em SANDOVAL (: 50).

6. Existem associações, comitês, grêmios ou outras formas de organização associativa que contribui a reduzir custos de transação para arribar a um acordo, facilitar seu seguimento, entre outros aspectos.

b) Os indícios (ou *plusfactors*)

As simples condições de mercado que facilitam a prática anti-concorrencial devem complementar-se com os indícios adicionais para poder concluir inequivocamente sobre tal prática (SANDOVAL: 52). São, por exemplo: a) Durante um tempo as empresas têm perdas e logo começam a ter utilidades maiores desde que começa o paralelismo (indício de motivo para incentivar um comportamento paralelo); b) Se um setor industrial tem um custo de frete significativo, resulta suspeito que uma empresa venda seus produtos em áreas geográficas distantes e a preços menores que em lugares pertos (útil para uma hipótese de reparto de mercado); c) A um movimento paralelo de preços antecede uma reunião entre os diretivos das empresas do setor; d) Margens de ganâncias elevados só em períodos nos quais se observa um comportamento paralelo (pela análise da estrutura de custos e margens de utilidades) etc. Este foi um listado construído por Kovacic (1993) com base na jurisprudência dos EEUU que é meramente indicativo e auxiliar.

#### **2.4. Objeto ou Efeito anti-concorrencial**

O Art. 11 da Lei LRCA (Peru) diz: As práticas horizontais anti-concorrencias têm por *objeto ou efeito* restringir, impedir ou falsear a livre concorrência. Idêntica formula exprime o PDCM. Para o Tribunal de Justiça Europeu a expressão objeto ou efeito contido no art. 101.1 do TUE é uma formula disjuntiva.<sup>16</sup> Assim, a autoridade deveria analisar o propósito do acordo no contexto econômico no qual será executado. Só quando este análise não revele deterioro para o processo concorrencial, analisaria as

---

<sup>16</sup> Ver caso “Société Techniqué Minière vs. Maschinenbau Ulm (1996)” referenciado em SANDOVAL (:53).

eventuais conseqüências ou efeitos da prática anti-concorrencial. “Ter por objeto” refere-se não à finalidade subjetiva das partes ao momento de celebrar o acordo, senão à finalidade objetiva que se deriva do acordo em concordância com os fatos reais para, de modo direto, afetar a dinâmica concorrencial do mercado. Por exemplo: Um acordo de repartição de clientes pode não ter sido celebrado com a intenção de restringir a concorrência, mas, o será se na materialidade das ações (na ocorrência dos fatos) evidencia-se ser um acordo acessório de outro principal, ou seja, a prestação conjunta dos serviços (Ibid.: 54). Por sua vez, a expressão “ter por efeito” refere-se a aqueles acordos ou, inclusive modalidades das práticas anti-concorrenciais, que não tem por finalidade objetiva direta afetar a livre concorrência, mas como conseqüência de um concerto de vontades e pela conjuntura real concorrente originam um prejuízo à dinâmica concorrencial.

Assim, diferenciam-se regimes. Um será uma proibição absoluta (segundo art. 8 da Lei LRCA - Peru-) quando o acordo tem por objeto restringir a concorrência. Neste caso, bastará apenas com acreditar a existência da concertação, sem ser necessário acreditar o objeto ou efeito anti-concorrencial como antes dito. Por exemplo: Acordos horizontais *inter-marca* (entre agentes independentes cujos produtos competem no mercado) que tem por objeto: Fixar preços ou outras condições comerciais ou de serviços; limitar a produção ou as vendas por meio de participações ou cotas; repartirem-se clientes, provedores ou zonas geográficas etc. Sempre deve se derivar uma conseqüência nociva para a eficiência do mercado concorrencial. Existe a possibilidade de acordos complementários ou acessórios lícitos se redundam em benefícios positivos para a sociedade. Denomina-se a tal regime de proibição relativa por seus potenciais efeitos positivos, quando, por exemplo, os acordos têm por efeito a integração na cadeia produtiva propiciando benefícios e uma redução de custos com benefício aos consumidores (SANDOVAL: 55).<sup>17</sup>

Aqui se recupera a crítica promovida no início do título 2 deste trabalho (quando se tratou dos benefícios da concorrência e da eficiência) para ampliar o leque de compreensão do regime de proibição relativa. Eventualmente os acordos que têm por efeito a redução de custos do processo produtivo trazem inevitavelmente, segundo os lineamentos do direito concorrencial Norte Americano, benefícios para os consumidores por estimular a eficiência do setor produtivo (podendo se convalidar, por exemplo, a

---

<sup>17</sup> Ver caso: “Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. (1997)” referenciado em SANDOVAL (: 55).

formação de grandes cartéis). Como se disse na crítica levantada no título 2 referido, este axioma não sempre pode considerar que o estímulo à eficiência traz benefícios aos consumidores. A maximização da “eficiência” (que atende o interesse do setor empresarial – dogma que sobressai no sistema concorrencial Norte Americano) não garante à ciência certa a redução do preço final do produto oferecido ao mercado, e com isso, cumprir com o benefício social esperado. A este respeito, considera Salomão Filho (2002: 32):

É impossível garantir a persecução do interesse de um determinado grupo através de considerações que levem, em teoria, apenas à maximização da riqueza global [...] Não é possível saber se a maximização da eficiência atende a seus interesses. É impossível garantir que não haja qualquer perda social, isto é, não se pode dizer que todas as perdas sociais ocasionadas por uma concentração que exclui concorrentes do mercado encontrarão suficiente compensação no benefício para os consumidores consistente na diminuição de preço decorrente de algum ganho de escala.

Por isso, Salomão Filho destaca que o “consumidor” é sujeito a proteger pelo direito concorrencial. Fórmula, segundo ele, seguida pelo sistema de proteção da concorrência Brasileiro, que consegue adotar o critério dual do objeto a tutelar: Por um lado, estimular a eficiência no setor produtivo e, por outro lado, proteger ao consumidor (fusão inevitável). Sublinha Salomão Filho (2002: 36-37): “A defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (Lei n. 8.884, art. 1), leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais. Conseqüência dessa concepção é a preocupação necessária com a eficiência econômica e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtores e consumidores”.

Esta dualidade do objeto de tutela pelo direito concorrencial Brasileiro, que compatibiliza com outros dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, produz uma coesão na sociedade Brasileira e reclama pela necessidade de atuação institucional: Por um lado, proteger a eficiência para o setor privado (setor de mercado) e, por outro, promover formas de planejamento estratégico (setor de planejamento) para realizar os cometidos constitucionais. Distinção conforme aos ensinamentos de Fábio Nusdeo (2001: 222-223): “O mundo moderno alterou esta visão plácida e impessoal do mercado. Na realidade, não se deveria ou não se poderia falar sempre de mercado, mas sim de setor privado, como gênero, o qual se biparte em dois subsectores: o de mercado propriamente dito e o de planejamento”. Tão importante é este

novo quadro estrutural do sistema econômico que o economista canadense John Kenneth Galbraith entende estar superada a clássica distinção setor público/setor privado (NUSDEO, 2001: 223). Aqui se torna importante o critério da *eficácia* que deve perseguir o setor de planejamento, que involucra as políticas públicas do Estado. Será eficaz o planejamento que complemente e harmonize, junto à eficiência privada do setor de mercado (propriamente dito), os interesses dos consumidores e dos empresários. Se a ética hegemônica e dominante da eficiência privada é a maximização das utilidades e o incremento dos rendimentos financeiros, então o setor de planejamento privilegiará a redução das desigualdades sociais e a justiça social para lograr os cometidos dos mandatos constitucionais. Será por meio de um acertado planejamento, sem violar as liberdades econômicas individuais (que favorecem os interesses do setor empresarial) que se poderão conciliar os interesses econômicos dominantes com os interesses dos consumidores, concretizando a tão almejada justiça social (GIUFFRÉ, 2010). Para o âmbito de um mercado regionalizado, conseguir-se-á uma maior eficácia do setor de planejamento (que logicamente involucra os três poderes constituídos do Estado) quando este se pauta em diretrizes advindas do direito comunitário, concebendo, como considera Habermas (2001) que a integração política de Estados em blocos regionais permite recuperar o poder político para controlar e regular as forças econômicas transnacionalizadas ou globalizadas.

Feito este aporte crítico, e para concluir este item, restam analisar os denominados monopólios naturais. Neste caso, os acordos podem apresentar-se como revestidos de licitude e racionalidade, ainda que restrinjam a concorrência. No entanto, se os acordos de integração e complementários ou acessórios não forem essenciais para desenvolver dita atividade produtiva, então deveriam reunir três características para excluir a sanção do direito concorrencial:<sup>18</sup> 1) Acordos de fixação de preços ou de divisão de mercados se realizarem como consequência de um acordo maior de integração (realizar a atividade econômica de forma conjunta) sendo capazes de incrementar a eficiência do grupo integrado e devem ser aplicados dentro dos limites necessários para lograr dita eficiência; 2) As cotas de mercado correspondentes a cada integrante do acordo não determinam que a restrição da concorrência derivada da integração ocasione um dano; 3) Os integrantes dos acordos não devem ter como principal propósito restringir a concorrência.

---

<sup>18</sup> Critérios do Tribunal de Defesa da Competência do INDECOPI (Peru) citado em nota a rodapé por SANDOVAL (: 55-56).

a) Os acordos intra-marca

O produtor celebra contratos com “minoristas” para estabelecer uma rede de distribuição de seus produtos. Trata-se do caso de uma empresa transnacional automotriz que subscreve contratos de distribuição com dois ou mais concessionários independentes para a revenda de seus automóveis em um país determinado. Pode, então, ocorrer que dois distribuidores da mesma marca de um produto celebrem acordos horizontais ou realizem práticas concertadas com o propósito de restringir ou limitar a concorrência intra-marca entre eles. Por exemplo, duas empresas distribuidoras do ramo distribuem entre si zonas geográficas, ou podem acordar restringir o número de serviços pós-vendas ou o horário de atenção ao cliente a efeitos de poupar custos e fixar as condições comerciais. Para os acordos intra-marcas se aplicará o regime denominado de proibição relativa, será necessário demonstrar pela autoridade competente o prejuízo para o processo concorrencial e aos consumidores. Neste sentido, para a jurisprudência Européia os acordos horizontais são tão prejudiciais para a concorrência que caem automaticamente dentro do alcance do dispositivo de proibição absoluta da concorrência do TUE. Sem embargo, tais acordos poderiam ser considerados lícitos se as partes demonstrarem o suposto de exceção do artigo 101.3 (Ex Art. 81, 3, inc. a) e b): “que contribuam a melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou a fomentar o progresso técnico ou econômico, e reservem ao mesmo tempo aos usuários uma participação equitativa no benefício resultante, e sem que: a) imponham às empresas interessadas restrições que não sejam indispensáveis para atingir tais objetivos; b) ofereçam a ditas empresas a possibilidade de eliminar a competência respeito de uma parte substancial dos produtos de que se trate” (SANDOVAL: 58 – Tradução livre).

A valoração de um acordo ou prática concertada horizontal anti-concorrencial terá em conta o marco concreto no qual produz seus efeitos, e em particular o contexto econômico e jurídico em que operam as empresas afetadas, a natureza dos serviços contemplados em dito acordo e a estrutura e condições reais de funcionamento do mercado afetado (segundo doutrina do TJCE no caso “European Night Services vs. Comisión (1998)”) (Idem). Devendo diferenciar o regime de proibição absoluta, no qual não se examina os efeitos reais sobre a concorrência e o mercado (fixação de preços, reparto de clientes, divisão geográfica de mercado etc), do regime de proibição relativa

donde é necessário provar para a autoridade competente que os acordos de cooperação afetam à competência no mercado em uma medida tal que se possa esperar que produzam efeitos negativos sobre os preços, a produção, a inovação ou a diversidade e qualidade dos produtos ou serviços.

b) Impedir, restringir ou falsear a concorrência

Que se entende por ditos vocábulos?. Tanto art. 4º do PDCM, o Art. 11.1 da Lei LRCA, tem uma redação semelhante à norma do artigo 101.1 do TUE. A doutrina e jurisprudência Européia têm dito que essas expressões fazem referencia ao grau ou nível de intensidade com que determinada conduta poderia afetar a concorrência no mercado. Sem embargo, não é relevante determinar concretamente se a afetação tem consistido em “impedir, restringir ou falsear” a dinâmica concorrencial, sua importância se apreciará somente no momento da graduação da sanção (SANDOVAL: 60).

O quantum da sanção aplicável dependera, sim, da intensidade com que a infração tem restringido a concorrência no mercado, seja eliminando-a do todo ou não.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise comparativa das condutas horizontais anti-concorrenciais feita à luz das legislações de Peru, MERCOSUL, União Européia demonstraram que os aportes doutrinários e jurisprudenciais desenvolvidos contribuem para aprofundar os alcances de preceitos normativos que regulamentam a temática em questão. Ditos aportes permitiram aprofundar nas diferentes manifestações das condutas horizontais anti-concorrenciais como: acordos, decisões, recomendações e grupo econômico. Também, a perspectiva comparada contribuiu para desentranhar os perfis das práticas concertadas e do comportamento paralelo, já que ambas as modalidades infringem a livre concorrência, e demonstrou-se os efeitos anti-concorrenciais dessas condutas horizontais segundo regimes de proibição absoluta ou de proibição relativa. Finalmente, o Direito Comparado contribuiu tanto para moldar o sentido de impedir, restringir ou falsear a concorrência, como para compreender as nuances das condutas horizontais anti-concorrenciais.

Esta contribuição foi coerente com a referência teórica adotada. Defendeu-se uma política diferenciada para o uso do método teórico de Direito Comparado, a diferença da postura nos EEUU em matéria de direito concorrencial. Adotou-se o ensinamento de Werner Goldschmidt de que o direito estrangeiro transforma-se em um direito da tolerância para fazer factível e dinamizar a cooperação. Isto é, difundir que é possível a coexistência de diferentes ordenamentos jurídicos. Essa perspectiva deu luz ao objeto da pesquisa para chegar à compreensão mais aprofundada do problema que norteou o estudo.

Finalmente, afirma-se que a contribuição do Direito Comparado em matéria de abuso de poder econômico, no que se refere especificamente às condutas horizontais anti-concorrenciais, tanto do *Common Law* quanto de sistemas de base legislada são de grande valia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: ZIMMERMANN, Reihard; REIMANN, Mathias. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

FAUST, Florian. Comparative Law and Economic Analysis of Law. In: ZIMMERMANN, Reihard; REIMANN, Mathias. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

FERRER, Juan de la Cruz. **Principios de Regulación Económica en la Unión Europea**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.

GERBER, David J. Comparative Antitrust Law. In: ZIMMERMANN, Reihard; REIMANN, Mathias. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

GIUFFRÉ, Gaston Jose. Sustentabilidade nas Políticas Públicas. In: I Seminário Interdisciplinar dos Cursos de Mestrados do CESA: Sustentabilidade e Políticas Públicas, 2010, Londrina. **Anais do I Seminário Interdisciplinar dos Cursos de Mestrados do CESA: Sustentabilidade e Políticas Públicas**. Londrina: EDUEL, 2010. ISSN: 2179-0795. Disponível em: <<http://sites.google.com/site/seminariointerdisciplinaruel/i-seminario-interdisciplinar-2010/2010-resumos>>. 2010. Resumos. Direito: Sustentabilidade e Políticas Públicas.pdf. 5 páginas. Acesso em: 02 de Abr. 2012.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia**. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2009.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. In: ZIMMERMANN, Reihard; REIMANN, Mathias. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação Pos-Nacional**: Ensaios Políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge. In: ZIMMERMANN, Reihard; REIMANN, Mathias. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. **Economia Internacional - Teoria e Política**. Tradução ao Português por Celina Martins Ramalho Laranjeira. São Paulo: Makron Books, 1999.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Martha Asunción Enriquez. Aplicação do direito da concorrência na União Européia e o Protocolo de Fortaleza para o MERCOSUL. **Scientia Iuris**. Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, v. 12, p. 117-138, 2008.

PIZZOLO, Calogero. **Globalización e Integración**. Ensayo de una Teoría General. Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANDOVAL, Tommy Deza. Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia Europea. **Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual**, n.º. 9, 31-62 p. Disponível em: <[http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/p\\_rimavera\\_2009/anaPracColuHori.pdf](http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/p_rimavera_2009/anaPracColuHori.pdf)>. Acesso em: 02 Abr. 2012.