



TRATAMENTO JURÍDICO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NA CADEIA DA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS

LEGAL TREATMENT OF ECONOMIC CONCENTRATION IN THE FOOD PRODUCTION AND TRADE CHAIN

Eduardo Moraes Bestetti¹

RESUMO: O estudo tem como objetivo verificar a possibilidade de intervenção do Estado com a finalidade de se tutelar a concorrência na cadeia de produção e comercialização de alimentos. Para isso, se empregará o método dedutivo e analítico, pelo qual se parte do estudo do tratamento jurídico da concorrência na Constituição Federal e na legislação federal. Após, se analisa o setor econômico objeto do estudo e as características da concentração no setor. Fazendo um cotejo entre a primeira parte e as características do setor na segunda parte, pode-se chegar as conclusões de que o poder público detém não apenas ferramentas de intervenção por direção para a tutela da concorrência no setor, mas também por indução, inclusive podendo ser implementadas por estados e municípios.

Palavras-chave: Concorrência. Cadeia produtiva. Alimentos. Comércio.

ABSTRACT: The study aims to verify the possibility of State intervention in order to protect competition in the food production and trade chain. For that, the deductive and analytical methods will be used, starting the study with the legal treatment of competition

¹ Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

in the federal Constitution and in the federal legislation. Then, the economic sector object of the study and the characteristics of concentration in the sector are analyzed. By making a comparison between the first part and the characteristics of the sector studied in the second part, the conclusions are reached and it can be said that the government has not only intervention tools by direction to protect competition in the sector, but also by induction, including being able to implemented by states and municipalities.

Keywords: Competition. Food chain. Production. Trade.

INTRODUÇÃO

A cadeia produtiva do setor de alimentos é, no Brasil, relevante setor da economia, respondendo por parte significativa do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, e que comumente é associada com o aumento da produtividade e a estabilidade mesmo quando outros setores estão em crise. Entretanto, verifica-se que os elos mais fracos do setor, em especial os pequenos produtores rurais, continuam enfrentando dificuldades históricas, bem como tiveram de passar a lidar com novas adversidades decorrentes da concentração nos mercados compradores de seus produtos e fornecedores de insumos.

No que diz respeito aos consumidores, por sua vez, o acesso aos gêneros alimentícios se dá preponderantemente através das grandes redes de supermercados ou hipermercados, dotados de grande poder econômico e com dificuldades de entrada de novos competidores. Em que pese aponte-se que tal concentração acarreta economias em escala e, conseqüentemente, a redução do preço dos produtos para o consumidor final, a situação deve ser observada sob uma perspectiva mais ampla e não tão imediata do interesse do consumidor.

Diante desse quadro, vê-se que a concentração na cadeia de produção e comercialização de alimentos gera conflitos que podem ser inseridas no âmbito de aplicação do Direito, enquanto ramo do direito que regulamenta as ferramentas de política econômica de que pode o Estado lançar mão para atingir seus objetivos. Tanto o ramo do Direito Econômico que prevê as normas de tutela da concorrência, por vezes chamado de Direito Concorrencial ou de Direito Antitruste, como demais ferramentas de políticas

públicas deverão ser analisadas se compreendidas dentro do âmbito de competência que a Constituição Federal.

Assim, chega-se ao problema de pesquisa que é de identificar quais os instrumentos de política econômica e de política pública de que pode lançar mão o legislador e o gestor público para amenizar as consequências negativas decorrentes da concentração na cadeia de produção e comercialização de alimentos. Para tanto, empregar-se-ão os métodos dedutivo, iniciando a análise pelo estudo da Constituição Econômica e das normas legais e constitucionais referentes ao dado econômico e à tutela da concorrência, inclusive no que diz respeito a normas de competência, e analítico, a fim de verificar quais as consequências para produtores rurais e consumidores da concentração no setor. Com isso, ao final, poder-se-á chegar à conclusão para responder o problema proposto.

A abordagem inicial, portanto, será acerca da ordem econômica constitucional brasileira, com verificação dos aspectos ideológicos constantes da Constituição Econômica e que informam valorativamente o ordenamento jurídico-econômico. A seguir, a investigação irá averiguar como a legislação federal institui o sistema brasileiro de defesa da concorrência, bem como a possibilidade de outros entes federativos legislarem a respeito ou atuarem administrativamente no sentido de se preservar a concorrência e atingir os objetivos e princípios traçados pela Constituição no que diz respeito à ordem econômica. Por fim, a análise específica das características da concentração no setor permitirá que se verifique quais as possibilidades juridicamente possíveis tanto no que diz respeito ao âmbito legislativo como administrativo para tratar o problema apontado.

1 CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

A Constituição Federal prevê a livre concorrência como um princípio da ordem econômica, ao lado de outros como a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego. Todos esses princípios devem ser observados sob os fundamentos da ordem econômica, previstos no *caput* do artigo 170 da Constituição, que são a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, e tendo em vista a finalidade da ordem econômica, que é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Embora em uma primeira análise tanto os princípios como os fundamentos da ordem econômica possam parecer colidentes entre si, a positivação no texto constitucional de valores oriundos de cosmovisões divergentes não permite ao intérprete da Constituição e tampouco ao legislador ordinário que escolha um ou alguns desses valores para privilegiar, em detrimento de outros. Ao revés, as normas constitucionais ali previstas devem ser aplicadas de forma harmônica, reconhecendo-se as características de maleabilidade e de flexibilidade típicas do Direito Econômico (SOUZA, 2002, p. 298).

Nesse contexto encontra-se a previsão constitucional de livre concorrência. Ela não é apenas um limite à livre iniciativa, a partir da proibição de atos de abuso de poder econômico e do controle de atos de concentração econômica, mas instrumento constante dentre o arsenal de possibilidades de que detêm o Estado para implementação da sua política econômica e de políticas públicas com a finalidade de atingir a existência digna a todos, sob os ditames da justiça social.

Historicamente, a concorrência teve diferentes acepções. Segundo Paula Forgioni (2014), a disciplina da matéria passou por três fases, cujos elementos ainda se observam contemporaneamente. No primeiro período, que vai desde a antiguidade até o mercantilismo, a concorrência não era um valor em si, mas servia para resolver problemas típicos, seja concedendo ou proibindo monopólios, seja limitando o poder de entidades monopolistas, como eram as corporações de ofício dentro da sua área de atuação.

Posteriormente, no período do liberalismo econômico, marcado pelas revoluções industrial e francesa, a concorrência passa a ser um valor em si. Em conformidade com as ideias de Adam Smith (1902), predominava na época a visão de que a concorrência em um mercado pulverizado por pequenos agentes econômicos individuais otimizaria, de forma descentralizada, as tomadas de decisão acerca dos problemas econômicos centrais: o quê, quanto e como produzir.

Por isso, foram quebrados os monopólios concedidos nos períodos anteriores, bem como extintas as corporações de ofício. Instrumento normativo característico do período é a lei francesa de 1791 denominada “Lei de Le Chapelier” que teve como objeto justamente a extinção das corporações de ofício e acabou, por muito tempo, sendo empregada para colocar na ilegalidade sindicatos de categorias profissionais.

Em um terceiro momento, as normas concorrenciais assumem a característica de instrumento de política pública (FORGIONI, 2014, p. 79). Assim, a tutela da livre

concorrência passa a ser vista como mais uma dentre as ferramentas de que dispõe o Estado na concreção da sua política econômica e das políticas públicas necessárias para realizar os objetivos constitucionalmente determinados para a República Federativa do Brasil.

Portanto, não há como se considerar o princípio da ordem econômica brasileira consistente na livre concorrência isoladamente em relação aos demais princípios, como a redução das desigualdades, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido a empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, os fundamentos – valorização do trabalho humano e livre iniciativa – e a finalidade desta mesma ordem econômica, que é a garantia de vida digna, com justiça social.

Considerando os princípios da ordem econômica, por consequência, nem sempre os objetivos constitucionalmente determinados serão mais bem concretizados em um mercado atomizado de pequenas empresas, podendo ser mais consentâneo com os interesses do consumidor a concentração do mercado que gere eficiências reduza custos em escala e, com isso, torne mais baratos os produtos, por exemplo. Dessa forma, as consequências concretas de um ato de restrição à concorrência passam a importar na análise concorrencial, sendo ilícitas apenas aqueles que importem prejuízos maiores que os benefícios, no que se convencionou chamar de Regra da Razão (FORGIONI, 2014, p. 198).

Outras situações em que aparentemente há uma prática concertada ou colaborativa entre agentes que, sob uma perspectiva atomista da concorrência, deveriam estar competindo entre si, ocorrem nas denominadas “isenções antitruste”, em que, por causa da íntima relação destas práticas com a concretização de outros interesses constitucionalmente tutelados, a legislação concorrencial deixa de ser aplicada. Elas ocorrem, por exemplo, na sindicalização de trabalhadores (AZEVEDO; ALMEIDA, 2009, p. 741), que tem como objetivo a solidariedade e a valorização do trabalho humano, e na cooperativização, associações nas quais busca-se atender aos interesses dos cooperados, eliminando-se intermediários e valorizando os seus produtos no contexto de surgimento de corpos econômicos intermediários e da “luta dos trabalhadores e dos pequenos empresários contra as grandes empresas” (FRAZÃO, 2018, p 363).

Já sob a denominação de “poder compensatório”, a análise antitruste permite práticas de coordenação horizontal ou de concentração vertical “de forma a contrabalançar

assimetrias de poder na negociação entre dois elos de determinada cadeia produtiva” (AZEVEDO; ALMEIDA, 2009, p. 745). O Guia do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) para Análise de Atos de Concentração exemplifica a situação mencionando o aumento do poder de barganha do lado comprador (BRASIL, 2016, p. 38).

No mesmo guia, prevê-se que o poder compensatório gera benefícios quando as três condições estão presentes:

(i) existência de poder de mercado dos fornecedores antes da operação; (ii) impossibilidade do poder compensatório inverter a assimetria na negociação dos fornecedores para os compradores; (iii) que as partes reconheçam a sua interdependência e definam os termos de sua transação por meio de um processo de barganha bilateral com histórico ou condições estruturais para repasse de reduções de custos aos consumidores. (BRASIL, 2016, p. 38-39)

Calixto Salomão Filho, por sua vez, apresenta uma visão diferente sobre os benefícios ao consumidor em virtude de “eficiências” decorrentes de atos de concentração. Para o autor, o foco do Estado na regulação da economia deve ser pelo estímulo à “difusão do conhecimento econômico” a partir da “diluição dos centros de poder econômico e político” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 50). Na obra do autor percebe-se uma defesa de uma solução mais estrutural para o problema concorrencial, em detrimento do mero controle de condutas, o que garantiria maior liberdade de escolha pelos consumidores e a possibilidade de a competição pela preferência ocorrer não apenas nos preços, mas na diferença de variedades e qualidade dos produtos e serviços colocados à disposição do mercado consumidor.

Essa visão se preocupa, também, com a possibilidade de que a concentração empresarial diminua a rivalidade de empresas e não apenas facilite a ocorrência de práticas coordenadas expressas (carteis) como acabe aumentando a ocorrência de coordenação tácita, na qual não há um acordo entre os concorrentes, mas eles acabam adotando práticas uniformes em decorrência da baixa competitividade no setor.

Ainda, a concentração gera aumento do poder econômico das empresas remanescentes, o que além de facilitar a ocorrência do abuso de poder econômico, transfigura-se em capacidade de influência política dos agentes.

Aponta-se, além desses problemas de ordem política, que em economias periféricas, a erupção de empresas com grandes poderes de mercado, dificilmente serão

ameaçadas por outras, assim como a “concorrência potencial” ou “concorrência monopolista” dificilmente são observáveis, pois não há agentes econômicos com capital disponível para fazer frente ao poder econômico do agente dominante, implicando na redução da inovação e diminuição da liberdade de escolha dos consumidores (MEDEIROS, 2019, p. 248). Dessa forma, não é difícil concluir que, em um mercado concentrado, haverá barreiras à entrada de novos competidores, as quais são assim conceituadas por Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2016, p. 116):

Considera-se como barreira à entrada qualquer fator em um mercado que deixe um potencial competidor (entrante) eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Entre os fatores que constituem importantes barreiras à entrada encontram-se: (a) custos fixos elevados; (b) custos afundados (ou irrecuperáveis); (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) exigências consideráveis de economia de escala ou de escopo para o ingresso de um novo competidor; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos competidores às marcas estabelecidas; e (h) ameaça de reação dos competidores instalados.

Das causas das barreiras à entrada os autores apontam questões relacionadas a particularidades do setor econômico em “a” e “b”, questões decorrentes da ação do Estado em “c” e as demais são todas questões originadas do poder econômico das empresas já instaladas. As ameaças à competitividade e a uma maior rivalidade entre as empresas, portanto, não se dão apenas pela ação estatal, portanto, mas também pelo exercício do poder econômico por parte das empresas dominantes no mercado relevante.

A partir dessas reflexões pode se perceber que a previsão constitucional da livre concorrência como princípio da ordem econômica implica em diferentes possibilidades de sua tutela pelo ordenamento jurídico, considerando sempre as demais normas da Constituição, bem como o caráter de instrumento de política pública e econômica que as ferramentas dadas pela tutela estatal da concorrência dão ao poder público. Para Giovani Clark, Leonardo Alves Corrêa e Samuel Pontes do Nascimento “a Constituição Econômica reconheceu um modelo produtivo plural, possibilitando a coexistência de vários arranjos e sistemas de produção (cooperativo, associativo, estatal, comunitário) e não apenas o mercantil-capitalista” (2020, p. 15), assim, a Constituição brasileira admite diferentes variedades de capitalismo e prevê a pluralidade dentro da ordem econômica.

A opção pela solução estrutural que visa a um mercado mais atomizado, com maior competitividade e possibilidade de escolha pelo consumidor, ou pela crença nas eficiências

decorrentes das concentrações só poderá ocorrer depois de analisadas as circunstâncias concretas do setor econômico em que se insere o ato ou a conduta analisada, bem como a realidade econômica da região ou do país em que se insere.

Com isso, verificar-se-á no seguinte item a forma como o legislador infraconstitucional regulamentou a tutela da livre concorrência e quais são os mecanismos à disposição da administração pública para emprego desta ferramenta de implementação de políticas públicas e econômica.

2 A ESTRUTURA LEGAL DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

No âmbito infraconstitucional, atualmente vige a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é o órgão julgante e que exerce jurisdição administrativa para julgar atos de infração à ordem econômica e decidir processos administrativos em controles de atos de concentração e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Encontra-se, assim, dentre as competências do CADE o controle de condutas anticoncorrenciais e o controle de estruturas, respectivamente. Na primeira, o foco é o cumprimento da regra constitucional do abuso de poder econômico e também a inibição de práticas concertadas entre empresas que deviam estar, em tese, competindo entre si. Em que pese a possibilidade de punição desses atos mesmo que os efeitos não sejam alcançados, conforme a fórmula consagrada no art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011, trata-se de um controle *a posteriori*, com a finalidade de aplicar punições a agentes econômicos que incorrerem em tais atos anticoncorrenciais.

Já no controle de estruturas, pode-se afirmar que o objetivo é preventivo. Intervindo o Estado na formação de estruturas econômicas mais concentradas a partir da verificação se a redução da competitividade decorrente da fusão ou aquisição das empresas objeto do processo de controle administrativo pelo CADE implicará ou não prejuízos à ordem econômica.

No controle de estruturas, segundo expressa disposição legal, serão “proibidos os atos de concentração que impliquem na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam

resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (art. 88, § 5º, da Lei nº 12.529/2011), sendo possível nos casos em que os prejuízos desta concentração sejam compensados por aumento de produtividade, melhora na qualidade de bens ou serviços, ou incremento da eficiência e que tais benefícios sejam repassados aos consumidores, conforme o § 6º, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011. Essa disposição é considerada como a positivação, no direito brasileiro, da regra da razão acima explanada.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, por sua vez, tem a competência de promover a concorrência, cabendo-lhe opinar em diversas circunstâncias, promover estudos e propor a edição de leis, sempre com o objetivo de promover a concorrência no âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Dessa forma, a intervenção estatal no domínio econômico com a finalidade de tutela da competitividade nos mercados ocorre tanto por direção, como por indução. Segundo Eros Roberto Grau, a intervenção por direção consiste no estabelecimento de “mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito” (GRAU, 2017, p. 141). É o que ocorre nos casos de controle de condutas e estruturas pelo CADE, pois a legislação prevê tanto atos considerados ilegais (abuso de poder econômico e práticas concertadas) e procedimentos obrigatórios (submissão obrigatória de atos de concentração econômica ao controle prévio exercido pelo CADE), como a forma de averiguação, processamento e aplicação de sanção sobre as condutas que transgirem à norma.

A intervenção por indução, também segundo Eros Roberto Grau, ocorre quando “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados” (GRAU, 2017, p. 142). Neste caso, as normas de intervenção por indução não terão a mesma cogência e o mesmo caráter de comando do que no caso da intervenção por direção, mas apontarão um caminho desejado para estimular que o agente econômico tome a atitude desejada pelo interesse público.

Esse estímulo pode ser positivo, como nos casos de normas de isenção ou simplificação tributárias, crédito subsidiado, preferências em contratações públicas e investimentos em infraestrutura pelo ente público para possibilitar a atividade privada, ou negativo, como nos casos dos impostos sobre bens nocivos à saúde. A promoção da concorrência por mecanismos não-coercitivos é também chamada de “advocacia da concorrência”.

No caso da Lei 12.529/2011, os estudos desenvolvidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico têm o escopo de orientar a intervenção por indução promovida pelo Estado. Além disso, todas as normas e políticas públicas de intervenção por indução têm consequências concorrenciais, podendo ser estímulos à entrada de novos agentes ou de aumento da competitividade, ou então apenas reforçando o poder econômico das empresas já consolidadas e privilegiando expedientes concentracionistas.

De fato, a política pública e a política econômica dos Estados nem sempre visa a uma maior competitividade, podendo haver a opção pelo estímulo à concentração e ao surgimento de grandes empresas, ou então à indiferença em relação ao tamanho das empresas (MEDEIROS, 2019, p. 247).

Em especial no que concerne ao presente estudo, cabe ressaltar a competência da SEAE de propor a revisão de atos legislativos e administrativos dos Municípios que possam afetar a concorrência.

Atualmente, o órgão responsável pela advocacia da concorrência e que exerce as competências acima enumeradas para a SEAE é a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), que elabora guias, apostilas e estudos que podem orientar a atuação dos entes municipais na elaboração de políticas públicas que promovam a concorrência. Exemplo desta atuação é a elaboração do guia denominado “Melhores Práticas Concorrenciais para os Carnavais” (BRASIL, 2018), que contém indicações de como promover a concorrência entre fornecedores de bebidas e alimentos em eventos públicos e festivos, principalmente no que diz respeito à necessária atenção a contratos de exclusividade muitas vezes praticados.

Contudo, em que pese a União, através do CADE exerça a tutela da concorrência tanto no caráter repressivo como também indutivo, não há impedimento que os demais entes federativos atuem de forma a implementar políticas públicas de fomento a competitividade, desde que verificada que ela se coaduna com a perseguição de objetivos constitucionalmente albergados. O próprio guia “Melhores Práticas Concorrenciais para os Carnavais” (BRASIL, 2018) serve para orientar Municípios na organização e na licitação de espaços publicitários e parcerias com empresas privadas para a organização da festa popular.

O Supremo Tribunal Federal utilizou o princípio da livre concorrência como fundamento para decidir pela constitucionalidade de lei municipal que instituía escala de

plantões em farmácias, permitindo a abertura fora do horário comercial apenas das farmácias escaladas e impedindo a abertura de outras no julgamento do Recurso Extraordinário 189.170. No entendimento do voto vencedor, a medida não confronta a livre concorrência, como a estimula, a partir da inibição da dominação do mercado por oligopólio.

O acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950, de relatoria de Eros Roberto Grau, por sua vez, reafirma a competência concorrente entre União, estados e Distrito Federal para legislarem sobre o Direito Econômico, bem como reconhece que os municípios, no âmbito dos assuntos de interesse local, têm competência para legislar sobre assuntos atinentes à sua economia.

Portanto, de se concluir que não apenas a União, mas também estados e municípios podem prever políticas públicas que se relacionam com a concorrência e que visam a inibir a dominação dos mercados, nos limites de suas competências legislativas e administrativas.

3 CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL NA CADEIA DE ALIMENTOS E O PROBLEMA DOS MONOPSÔNIOS E DOS OLIGOPSÔNIOS

Nos últimos anos, a cadeia produtiva que vai desde a produção de alimentos até a comercialização ao consumidor final vislumbrou diversos processos de concentração empresarial, com fusões e aquisições de empresas e a criação de grandes conglomerados. O processo ocorre tanto internacionalmente, como no mercado brasileiro.

No Atlas do Agronegócio (SANTOS; GLASS (org.), 2018), organizado pela Fundação Heinrich Boll (2018), os pesquisadores listaram as maiores fusões internacionais do período compreendido entre 2007 e 2016. Das dezesseis maiores fusões desta década, seis ocorreram no setor de agrotóxicos, alimentos, bebidas e tabaco, ou seja, relacionados às cadeias do agronegócio. No Brasil, grandes fusões foram aprovadas, algumas com restrições, pelo CADE, como a que resultou na criação da empresa BRF e a compra da Garoto pela Nestlé.

No ramo das cervejas, quatro marcas detinham em 2013 98% da produção nacional e no setor dos refrigerantes eram duas marcas produziram 78% dos produtos no mesmo ano (SOUZA; RIBEIRO, 2019, p. 9). Esta alta concentração no setor de produção de bebidas frias convive com uma alta competitividade entre os produtores de insumos,

potencializando as possibilidades de gozo do seu poder econômico pelas empresas produtoras:

Entretanto, vale ressaltar que embora exista uma alta concentração horizontal no mercado brasileiro, há também uma baixa concentração vertical, em outras palavras, existe pouca concorrência entre produtores de cerveja no Brasil, porém, existe uma alta concorrência entre seus fornecedores de insumos e distribuidores. (SOUZA; RIBEIRO, 2019, p. 11)

No setor do comércio varejista e atacadista de gêneros alimentícios a concentração também é significativa. Segundo pesquisa da *OXFAM* (WILLOUGBY; GORE, 2018), a concentração na cadeia de alimentos, em especial no setor de supermercados, pressiona para baixo os preços pagos aos produtores, bem como transfere os riscos aos elos à montante da cadeia, a partir da negociação de contratos em que, além dos compradores definirem o preço, também imputam os prejuízos decorrentes de eventuais perdas ou não venda do estoque aos produtores. Caso eles não se submetam às imposições, podem ficar sem acesso aos consumidores, ou então terem seus produtos colocados em lugares menos chamativos nas gôndolas, além de outros artifícios. Tal exemplo é ilustrativo do exercício de poder de mercado por parte de monopólio e oligopólio.

Além da capacidade de uso do poder econômico para obter condições favoráveis, facilitando, inclusive, a ocorrência de abusos, a concentração na cadeia de alimentos dificulta o ingresso de novas empresas no mercado (SOUZA; RIBEIRO, 2019, p. 6). De fato, os custos fixos para fazer frente aos competidores consolidados e com grande parcela do mercado e a necessidade de competir com marcas consolidadas decorrentes do poder de portfólio dos conglomerados são impeditivos para a diversificação e a ocorrência de “concorrência monopolista”.

Mesmo diante destas evidências, não é consenso que o poder de mercado dos monopólios e dos oligopólios sejam um problema concorrencial. Também, há na doutrina especializada questionamentos quanto à configuração de barreiras à entrada decorrentes do poder de mercado e de portfólio dos conglomerados, argumentando que apenas a regulação estatal é que estabeleceria artificialmente, através da intervenção, tais barreiras.

O paradigma atual no direito concorrencial costuma fixar a análise das eficiências decorrentes de um ato de concentração no “bem-estar do consumidor”. A análise das

repercussões para o mercado de consumo é relevante e obrigatória por expressa previsão na Lei 12.529/2011. No caso da cadeia de produção e comercialização de alimentos, ainda, compreende-se que a concentração, ao reduzir custos marginais, aproveitar infraestrutura logística e forçar os preços para baixo a partir das negociações pelos supermercados e atacados com seus fornecedores pode ter consequências benéficas ao consumidor no que diz respeito aos preços dos produtos.

No entanto, esse paradigma único tem sido questionado nos últimos anos (KHAN, 2018, p. 964). O bem-estar vai muito além dos preços baixos e do interesse do consumidor, o qual, na Constituição brasileira é princípio da ordem econômica da mesma envergadura de outros, como a soberania nacional, a livre concorrência, a redução das desigualdades sociais e regionais e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras. Dessa forma, não se pode estabelecer uma hierarquia entre a tutela do interesse do consumidor e os demais princípios.

O adequado tratamento jurídico da concorrência na cadeia de produção e comercialização de alimentos não pode ignorar as consequências da concentração econômica enquanto barreira à entrada de novos competidores e a facilitação do abuso de poder econômico por monopólios e oligopólios em relação a seus fornecedores, em especial pequenos produtores rurais. Quanto ao primeiro ponto, Lina Khan (2018, p. 972) salienta a importância de se proteger o “processo competitivo” enquanto regulador do mercado em uma economia capitalista, discordando da tese de que abusos de poder econômico e barreiras à entrada criada por firmas dominantes se “autocorrigem”. Para isso, é necessário se atentar ao fato de que uma empresa, ao capturar o controle sobre um mercado, poderá criar mecanismos que impedirão a entrada de novos competidores.

Não é inadequado inferir que as barreiras à entrada criadas pela concentração do mercado acarretarão uma menor competitividade, menor inovação e, ao fim, a diminuição da liberdade de escolha do consumidor, que terá suas opções limitadas aos produtos colocados no mercado pelos grandes conglomerados. Em verdade, a tutela do interesse do consumidor, nesta visão, não se limita ao preço mais baixo dos produtos, mas sim na tutela da sua possibilidade de fazer escolhas e na maior difusão da informação no mercado.

Essas análises, portanto, deixam claro que os mercados não são mecanismos orgânicos e naturais que se autorregulam e autocorrigem sempre no sentido de preservar a concorrência, a competitividade e a rivalidade entre as empresas. Pelo contrário, a atuação

de monopsonios e oligopsonios com vistas a preservar seu poder de mercado e sua capacidade de impor melhores condições negociais a seus fornecedores, inclusive às custas de outros princípios e fundamentos da ordem econômica, comprova que não apenas o Estado pode criar barreiras à entrada de novos competidores, mas sim também o poder econômico privado concentrado pode ter como consequência a inibição a novos negócios e a impossibilidade de ocorrer a “concorrência monopolista”.

A preservação da concorrência no setor não precisa deixar de lado a tutela do interesse do consumidor, entretanto deve considerar que o ordenamento jurídico-econômico constitucional prevê também a valorização do trabalho como fundamento da ordem econômica, em especial consideração, aqui, o trabalho do pequeno produtor rural; a livre concorrência e o tratamento favorecido de empresas de pequeno porte como princípios; e o asseguramento a todos de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social como finalidade.

A partir de evidências de que a concentração na cadeia de produção e comercialização de alimentos, seja no setor supermercadista (varejo de gêneros alimentícios), seja no setor dos insumos ou do armazenamento da produção agrícola, acarreta consequências como o empobrecimento dos pequenos produtores e a criação de barreiras à entrada de novos competidores, a atuação do Estado é permitida para amenizar os efeitos e estimular a competitividade, seja a partir de normas de caráter diretivo, controlando as concentrações e condutas no setor, seja de caráter indutivo, com políticas públicas que estimulem a competitividade e a entrada de novos competidores, sempre considerando as diferentes variedades de capitalismo admitidas na ordem econômica-constitucional.

No que diz respeito à superação de barreiras à entrada no mercado de comercialização de alimentos, o fomento a iniciativas que concretizem a venda direta dos produtores aos consumidores finais, como a cedência de espaço público e de infraestrutura para a realização de feiras livres, estimula a concorrência no setor e pode colaborar com o aumento da renda dos produtores e das possibilidades de escolha dos consumidores. Política pública que cabe menção e exemplifica a diversidade de ferramentas de que dispõe o legislador e o gestor público na consecução da tutela da concorrência no setor, em uma perspectiva de pluralidade econômica, é a experiência do Município de Lontras, em Santa Catarina, descrita por Laís Santos Capel e Tatiane Ap. Viegas Vargas (2019), pela qual os

servidores municipais passaram a receber um “vale feira” para ser gasto apenas na feira livre do Município, garantindo renda aos produtores e circulação dos seus produtos.

O estímulo à cooperativização, com vistas ao fortalecimento de estruturas de poder compensatório, pode ocorrer tanto através de normas de fomento que podem ser municipais, estaduais ou federais, com benefícios fiscais e crédito, como pela preferência em compras e contratações públicas de empresas constituídas sob essa forma. A formação de corpos técnicos capazes de aparelhar as cooperativas de profissionais capazes a dar conta das constantes mudanças do mercado também pode ser objeto das políticas públicas e terá impacto positivo na concorrência no setor, deixando de ser o domínio técnico por apenas algumas empresas uma barreira à entrada no setor.

Por fim, a autarquia federal responsável por investigar e punir condutas contrárias à concorrência, bem como autorizar previamente os atos de concentração econômica das empresas que preencham os critérios legais, deve estar atenta não apenas às consequências negativas aos consumidores que, como apontado, decorrem de uma perda das possibilidades de escolha, mas também no mercado à montante, em especial o exercício do poder de oligopsônio dessas estruturas empresariais sobre os produtores. Além disso, o paradigma da eficiência, que vem ao encontro do interesse dos grandes conglomerados e que argumenta pela existência de economias de escala nas grandes estruturas empresariais, deve ser sopesado com os prejuízos apontados.

CONCLUSÃO

O princípio da ordem econômica consistente na livre concorrência oferece ao poder público ferramentas para implementar a sua política econômica. Como visto, apenas as circunstâncias concretas poderão indicar se os interesses constitucionalmente positivados serão mais bem realizados em um modelo econômico mais concentrado ou mais atomístico para os variados setores da economia.

Dentre essas ferramentas estão as de intervenção por direção, previstas em Lei Federal e que institui a necessidade de aprovação prévia para determinados atos de concentração, elenca um rol não exaustivo de práticas anticoncorrenciais e regulamenta a autarquia federal competente tanto para a apuração de práticas anticoncorrenciais, como para o julgamento dos atos de concentração econômica.

No entanto, não é apenas através da intervenção por direção que o Estado pode implementar políticas públicas se utilizando do instrumental concedido pelo princípio da livre concorrência. Atitudes positivas e de fomento, principalmente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte, que garantam a sobrevivência de diversos negócios e possibilitem a entrada de novos agentes econômicos também podem ser instituídas por todos os entes federativos.

Para tanto deve-se reconhecer que as barreiras à entrada não apenas podem ser instituídas pela regulamentação estatal defasada ou desnecessária, mas também pela concentração econômica. Circunstâncias como os altos custos fixos, o fato de uma marca já ser bem fixada e fidelizada pelos consumidores ou os ganhos em escala podem dificultar que novos agentes econômicos consigam competir, contribuindo para a manutenção de situações de monopólio e de oligopólio.

No que diz respeito ao setor de produção e comercialização de alimentos, verificou-se uma concentração nos mercados de fornecimento de insumos para os produtores de alimentos, bem como a concentração à montante, no setor do comércio varejista. Os atos de concentração comumente são associados à eficiência decorrentes das grandes redes de distribuições e da eliminação de alguns custos fixos, com isso, haveria ganhos em escala que reduziriam os preços dos produtos comercializados. Entretanto, quando se analisa a cadeia de produção e comercialização de alimentos, tal concentração é associada a pobreza do produtor rural, principalmente o pequeno, e à dependência econômica em relação às grandes empresas do setor.

Ainda, as barreiras à entrada dificultam o ingresso de outras empresas, seja pela fidelidade às marcas, seja pela necessidade de se fazer grandes investimentos irrecuperáveis. Já para o consumidor, em que pese seu interesse possa ser em parte atendido pela redução dos preços dos produtos ao final da cadeia, o que é incerto diante da possibilidade de exercício de preços de monopólio, a diversidade e a possibilidade de escolha restam limitadas pelo prévio crivo da empresa atuante no comércio varejista de gêneros alimentícios

Por esses motivos que se propõe tanto a atenção do Estado, ao intervir por direção no domínio econômico, às consequências negativas da concentração empresarial no setor estudado, como a possibilidade de que todos os entes federativos instituem políticas públicas que fomentem o acesso ao mercado de novos agentes econômicos. No que diz

respeito à intervenção por direção, não apenas a variável consistente na possibilidade de redução de preços, comumente associada a eficiências e ao interesse do consumidor, devem ser levadas em conta, mas também a sustentabilidade da atividade do produtor rural, a tutela da possibilidade de escolha pelo consumidor e a não instituição de barreiras à entrada. Já o tratamento dos oligopsonios deve levar em consideração que eles, assim como os monopólios e oligopólios, também podem trazer problemas concorrenciais ao mercado e favorecer o abuso do poder econômico.

A instituição de políticas públicas teve como exemplos o vale feira e a constitucionalidade da instituição de escalas de plantão, a qual, em que pese no caso concreto referente a farmácias, fora do escopo deste trabalho, concluiu pela competência dos municípios em estabelecerem políticas públicas na tutela do interesse local que visem a evitar a formação de monopólios ou de oligopólios.

Dessa forma, se vê que há uma variedade de formas legal e constitucionalmente possíveis de se implementarem políticas públicas a partir do instrumental fornecido pelo princípio constitucional da livre concorrência. No que diz respeito à cadeia de alimentação, pela proximidade dos municípios com os produtores, a instituição por esses entes federativos de medidas que aproximem o produtor diretamente ao consumidor, garantindo o acesso ao mercado e a possibilidade de escolha, se mostra favorável e com a possibilidade de se atingirem bons resultados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá de. Poder Compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. *Revista de estudos econômicos*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 737-762, out. dez. 2009.

BRASIL. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Melhores práticas concorrenciais para os carnavais*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018. Disponível em <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/melhores-praticas-concorrenciais-para-os-carnavais-rules-of-thumb-to-sustain-a-competitive-environment-during-carnival>>. Acesso em: 31 out. 2020.

- CAPEL, Laís Santos; VARGAS, Tatiane Ap. Viega. *Como a política pública do “vale feira” mudou a rotina na feira livre do produtor no Município de Lontras (SC)?*. Itajaí: UNIDAVI, 2019.
- CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. *Constituição Econômica Bloqueada: Impasses e Alternativas*. Belo Horizonte: EDUFPI, 2020.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FRAZÃO, Ana. A sociedade cooperativa e o abuso de poder econômico. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedades cooperativas*. São Paulo: Lex, 2018, p. 374.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- KHAN, Lina M. The Ideological Roots of America’s Market Power Problem. *The Yale Law Journal Forum*, JUN/2018. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/forum/the-ideological-roots-of-americas-market-power-problem>>. Acesso em: 31 out. 2020.
- MEDEIROS, José Augusto. Antitruste e política industrial: a tutela do mercado-interno em economias periféricas. *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 7, nº 1. MAI/2019.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SANTOS, Maureen; GLASS, Verena (org.). *Atlas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. Disponível em: <https://br.boell.org/sites/default/files/atlas_agro_final_06-09.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.
- SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: P. F. Collier & Son, 1902.
- SOUZA, Letícia Cristina Mesquita; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A concentração no setor das bebidas frias. *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 7, nº 2. NOV/2019.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WILLOUGBY, Robin. GORE, Tim. *Hora de Mudar: desigualdade e sofrimento nas cadeias de fornecimento dos supermercados*. Oxford: OXFAM GB, 2018.